Die Grenzen der Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfüllung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der Universität Marburg

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von

Karl Liebmann
Referendar.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1919.

Referent: Geheimrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Grundlegung. Abgrenzung der Aufgabe 1
§ 2. B. Geschichtliche und rechtsvergleichende Einleitung 4
C. Beurteilung nach heutigem Recht.

Erster Abschnitt.

Die Theorien über die Unerschwinglichkeit und überobligationsmäßige Schwierigkeit.

§ 3. I. Allgemeines. Abgrenzung der Begriffe 9
II. Die einzelnen Theorien.
§ 4. 1. Der zivilrechtliche Notstand 11
§ 5. 2. Die Unmöglichkeitslehre 12
§ 6. 3. Die Einrede aus gewichtigem Grunde 15
§ 7. 4. Die Lehre von der Kraftanstrengung 18
§ 8. III. Ergebnis 23

Zweiter Abschnitt.

§ 9. **Die Grenzen der Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfüllung** 25

I. Unmöglichkeit
§ 10. 1. Allgemeines 25
2. Die beschränkte Gattungsschuld 27
§ 11. 3. Zeitliche Unmöglichkeit 28
§ 12. II. Unerschwinglichkeit 32
III. Überobligationsmäßige Schwierigkeit.
§ 13. 1. Das Maß der Kraftanstrengung 33
2. Allgemeine Befreiungsgründe 35
3. Besondere Befreiungsgründe 35
§ 14. 4. Die beschränkte Gattungsschuld 45
5. Zeitliche überobligationsmäßige Schwierigkeit . . 46
6. Die Frage des Kausalzusammenhanges 47
§ 15. IV. Obligationsmäßige Schwierigkeit 48
§ 16. D. Zusammenfassung 50

Literaturverzeichnis.

Brecht, System der Vertragshaftung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 53 S. 213 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 3. Aufl. 1881.

Dernburg-Engelmann, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2, 1. 4. Aufl. 1909.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl. 1910.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1903.

Eckstein, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit usw. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 37 S. 390 ff.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 4./5. Aufl. 1910.

Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. 1912.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 9. Aufl. 1912.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Gmür-Becker, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht. 1917.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Haver, Die Gattungsschuld. 1900.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld. 1912.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts. 3. Aufl. 1857.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.

Kretschmar, Die Erfüllung. 1906.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 101 S. 1 ff.

Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. In Jherings Jahrbüchern Bd. 57 S. 1 ff., Bd. 59 S. 20 ff., 233 ff. (zit.: Nachlese Bd. 1 bezw. 2.)

Leonhard, Die Beweislast. 1904.

Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1899.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.

Oser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. 1915.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1907.

Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1914.

Plum, Der Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung. In der Juristischen Wochenschrift 1916 S. 1359 ff., 1917 S. 943 ff.

Rabel, Unmöglichkeit der Leistung. 1907.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar. 2. Aufl. 1913. (Komm. d. RGRäte.)
Saenger, Der Einfluß des Krieges auf abgeschlossene Lieferungsverträge. In Holdheims Monatsschrift 1914 S. 213 ff.
Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1902.
Schneider-Fick, Das schweizerische Obligationenrecht. 1915.
Schroeder, Unmöglichkeit und Ungewißheit. 1905.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 9. Aufl. 1913.
Staudinger-Kuhlenbeck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl. 1912.
Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. 1902.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.
v. Tuhr, Der Notstand im Zivilrecht. 1888.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1876.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Archiv für bürgerliches Recht (ArchBürgR.).
Archiv für die zivilistische Praxis (ArchZivPrax.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).
Hanseatische Gerichtszeitung (HansGZ.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JheringsJ.).
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen (PosMSchr.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Leipziger Zeitschrift (LZ.).
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen. Herausgegeben von Holdheim (Holdheim).
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Recht und Wirtschaft (Recht u. W.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Rspr.).
Sächsisches Archiv für Rechtspflege (SächsArch.).
Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Schl.-Holst.Anz.).
J. A. Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte der deutschen Staaten (SeuffArch.).
Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Warn.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt (ZHR).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (BayZ.).

A. Grundlegung. Abgrenzung der Aufgabe.

§ 1.

Wer eine Verbindlichkeit eingeht, verpflichtet sich, diese Verbindlichkeit zu erfüllen. Er wird in der Regel von seiner Verpflichtung erst mit deren Erfüllung befreit. Die Verpflichtung kann aber erlöschen, bevor sie erfüllt ist, wenn der Schuldner nicht mehr zur Erfüllung in der Lage ist. Bei der Verpflichtung, einen bestimmten Gegenstand (species) zu leisten, sind derartige Fälle häufiger als bei einem nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand. Hier hat der Schuldner aus einer mehr oder minder großen Auswahl von Gegenständen zu leisten, so daß er nur unter ganz besonderen Umständen von seiner Verpflichtung zur Erfüllung befreit wird. Dies wird regelmäßig zutreffen, wenn die ganze versprochene Gattung nicht mehr vorhanden ist. Ein im Verkehrsleben häufiger Fall, der Rechtsprechung und Literatur gerade in der letzten Zeit wiederholt beschäftigt hat, ist der, daß die ganze Gattung zwar nicht aufgehört hat zu bestehen, aber dem Schuldner nachträglich solche Schwierigkeiten in der Beschaffung aus der Gattung erwachsen sind, daß man ihm die Leistung nicht mehr zumuten kann.

Diese Fälle stehen hier zur Erörterung. Es ergibt sich daher eine Abgrenzung nach drei Richtungen:

1. Nur Fälle der Gattungsschuld werden behandelt; Speziesschulden scheiden aus. Und zwar nicht nur solche, die von vornherein als Speziesschulden begründet wurden, sondern auch alle Schulden, die als Gattungsschulden eingegangen wurden, bei denen sich aber die Leistung durch Erfüllungshandlungen (Konkretisierung, Annahmeverzug: §§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2) in eine Speziesschuld umgewandelt hat.

2. Nur nachträglich eintretende Hinderungsgründe, die eine Befreiung des Schuldners rechtfertigen, werden berücksichtigt. Bestanden die übermäßigen Schwierigkeiten für die Erfüllung schon bei Vertragsabschluß, dann ist die Haftung des Schuldners je nach besonderer Lage des Tatbestandes aus ursprünglicher

Unmöglichkeit, positiver Vertragsverletzung, culpa in contrahendo[1]) oder ähnlichen Gründen, die hier nicht untersucht werden sollen, abzuleiten.

3. Nur die Wirkung der Hinderungsgründe auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand, also die Haftung des Schuldners auf die Erfüllung soll einer Prüfung unterzogen werden. Ob sich unter Umständen an Stelle oder neben der Haftung auf die Erfüllung noch eine Haftung auf Schadensersatz oder ein Vertragsinteresse rechtfertigt, hängt zum Teil von der Frage des Verschuldens ab und wird daher auch nach anderen Gesichtspunkten beurteilt werden müssen.

Hier soll es sich somit nur darum handeln: Gibt es nachträglich eintretende Schwierigkeiten und Hinderungsgründe, die dem Gattungsschuldner seine Haftung auf die Erfüllung abzunehmen rechtfertigen?

Wann solche befreiende Schwierigkeiten vorhanden sind, ist nicht allgemein zu sagen, sondern kann nur im einzelnen Fall unter Berücksichtigung aller Tatumstände festgestellt werden. Doch lassen sich gewisse Grundsätze finden, die eine Befreiung des Schuldners rechtfertigen.

Diese Grenzen der Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfüllung zu finden, ist die eine Aufgabe der folgenden Untersuchung.

Es erhebt sich aber die weitere Frage, auf welchen Rechtssatz sich diese Befreiungsgründe zurückführen lassen. Hier herrscht in der Literatur lebhafter Streit. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt die Gattungsschuld in bewußten Gegensatz zur Speziesschuld. Bei dieser tritt Befreiung ipso jure ein, wenn nachträgliche, vom Schuldner nicht zu vertretende objektive Unmöglichkeit oder subjektives Unvermögen vorliegt: § 275 Abs. 1 u. 2. Es ist daher ein theoretischer Streit ohne praktische Folgen, ob man bei Speziesschulden die nicht mehr zumutbare Schwierigkeit der Unmöglichkeit oder dem Unvermögen zurechnet. Bei der Gattungsschuld ist dagegen bestimmt, daß nur die nachträgliche objektive Unmöglichkeit den Schuldner befreit, während der Schuldner zur Leistung verpflichtet bleibt, solange die Leistung aus der Gattung noch möglich ist: § 279 BGB.

Eine Meinung will die Sätze über das Unmöglichkeitsrecht anwenden, indem sie sagt, unmöglich sei nicht nur, was logisch unmöglich sei, sondern auch was wirtschaftlich oder juristisch nicht vermocht werden kann[2]).

---

[1]) vgl. hierüber Leonhard, Verschulden S. 1 ff., 42 ff.
[2]) Herrschende Ansicht, insbes. RG.; vgl. unten § 5.

Andere stellen sich auf den Standpunkt, unmöglich sei nur, was logisch unmöglich sei, der Schuldner sei aber nicht zu größerer Kraftanstrengung verpflichtet, als Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und befreien den Schuldner aus diesem Grunde [3]).

Vertreten wird ferner die Ansicht, der Schuldner befinde sich in einem solchen Falle in einem Notstand und könne sich zu seiner Entlastung hierauf berufen [4]).

Eine letzte Gruppe von Schriftstellern endlich lehnt auch diese Auffassung ab und gibt dem Schuldner bei überobligationsmäßiger Schwierigkeit nur ein Leistungsverweigerungsrecht, also eine nicht von Amtswegen zu berücksichtigende Einrede [5]).

Der Streit dreht sich daher nicht so sehr darum, ob der Schuldner noch zu leisten verpflichtet ist; man ist sich vielmehr einig, daß es für die Haftung des Schuldners Grenzen gibt. Die Auffassungen gehen erst auseinander, wenn beurteilt werden muß, wie sich der Richter prozessual zu verhalten hat, wenn die Befreiungsgründe aus dem Vorbringen des Klägers hervorgehen oder gerichtsbekannt sind [6]), der Beklagte aber nicht im Termin erschienen ist. Darf der Richter dem Kläger ein Versäumnisurteil geben? Und weiter, wenn der Beklagte erschienen ist, der Kläger aber die Befreiungsgründe bestreitet, wer trägt die Beweislast? Hier tritt zutage, daß die theoretische Konstruktion, ob das Vorbringen der Hinderungsgründe ein Leugnen des Klaggrundes, ein Einwand oder eine Einrede bedeutet, erhebliche praktische Folgen hat.

Die Beantwortung der Frage nach den Grenzen der Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfüllung läßt sich aber nicht lösen, bevor die theoretische Grundfrage entschieden ist, aus welchen Rechtssätzen die Befreiung begründet wird. Die an zweiter Stelle aufgeworfene Frage wird daher zweckmäßig zuerst behandelt. Es wird dabei erforderlich sein, die Frage zum Teil unter weiteren Gesichtspunkten — unter Einschluß der Speziesschulden — zu betrachten, da es sich um die Beurteilung von Grundsätzen handelt, die sich nicht im Wesen der Gattungsschuld erschöpfen, sondern gleiche Geltung auch für die Speziesschuld haben. Der zweite Abschnitt wird sich sodann ausschließlich mit generischen Verpflichtungen befassen.

---

[3]) vgl. unten § 7.
[4]) vgl. unten § 4.
[5]) Begründet von Krückmann; vgl. § 6.
[6]) z. B. bei Räumungsklagen die allgemeine Wohnungsnot.

Vorausgeschickt wird ein kurzer Abriß über die geschichtliche Entwicklung der Frage und die Regelung im ausländischen Recht.

Bei der Fülle der zur aufgeworfenen Frage entstandenen Literatur und Rechtsprechung kann es hier nicht die Aufgabe sein, jede der zum Teil nur geringfügig voneinander abweichenden Meinungen kritisch zu beleuchten; es soll nur der Versuch unternommen werden, die leitenden Gesichtspunkte hervorzuheben und die Streitpunkte in großen Zügen darzulegen und gegeneinander abzuwägen.

B. Geschichtliche und rechtsvergleichende Einleitung.

§ 2.

I. Die geschichtliche Entwicklung der Frage.

1. Das römische und ihm zufolge das gemeine Recht kennt neben dem rein logischen Begriff der Unmöglichkeit — impossibilium nulla est obligatio[1] ... qui natura fieri non concedit[2] — auch die juristische Unmöglichkeit. Unmöglich ist eine Leistung, qui tale sit, ut dari non possit[3]. Hierbei sind als Beispiele der homo liber, die res sua, res sacra, res religiosa angeführt.

Auf der anderen Seite haben die Römer mit Recht erkannt, daß bloße Schwierigkeit der Erfüllung den Schuldner nicht befreien kann: est autem facultas dandi personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur[4]. Diesen Gedanken haben sie aber sehr richtig auf den Fall eingeschränkt, daß die geschuldete Sache oder Gattung dem Verkehr entzogen ist: quod vero natura (logische Unmöglichkeit) vel mores civitatis (wirtschaftliche Unmöglichkeit) vel gentium ius (juristische Unmöglichkeit) commercio exuerunt, earum nulla venditio est[5]. Hier ist der Begriff der Sitte, der im heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch seinen Niederschlag in §§ 157, 242 gefunden hat, zum Ausdruck gebracht.

Ein anderer Fall[6] erleichtert die Haftung des mit einem Vermächtnis Beschwerten, wenn die Beschaffung der Leistung

[1] l. 185 D. 50, 17.
[2] l. 35 pr. D. 45, 1.
[3] l. 1 §§ 9, 10 D. 44, 7.
[4] l. 137 § 4 D. 45, 1.
[5] l. 34 § 1 D. 18, 1.
[6] l. 71 §§ 3, 4 D. 30.

nur mit unverhältnismäßigen Opfern (immensum pretium) möglich ist; der Beschwerte braucht nicht das Interesse, sondern nur den wahren Sachwert zu leisten, wird also, soweit die Leistung für ihn unerschwinglich ist, befreit[7]). Auch hier soll aber die befreiende Unmöglichkeit nicht eintreten, wenn die Schwierigkeit behebbar ist[8]).

Im Zusammenhange mit den im zweiten Abschnitt[9]) zu erörternden Preissteigerungen sei noch die Stelle des Codex erwähnt[10]), nach der bei der Leistung eines Interesses nach gemeinem Recht nie mehr als das duplum des Wertes des Gegenstandes der Obligation gefordert werden darf.

Auch das römische Recht war daher offenbar dem Gedanken nicht abgeneigt, den Begriff der Unmöglichkeit nach dem Bedürfnis der mores civitatis auszudehnen, hat sich aber nicht entschieden, ob eine solche Befreiung ipso iure oder ope exceptionis eintreten soll.

2. Das deutsche Privatrecht mit seinem nur gering ausgebildeten Recht der Schuldverhältnisse hat die zu behandelnde Frage nicht aufgeworfen.

3. Das preußische Landrecht hat den vom römischen Recht angebahnten Charakter weiterentwickelt. Es sagt zwar, daß der logischen Unmöglichkeit die rechtliche gleichsteht: Verträge über nichterlaubte Handlungen gelten ebensowenig als über unmögliche[11]). Kann jedoch von dem Verbotsgesetz Befreiung erwirkt werden, so gilt der Vertrag als für diesen Fall geschlossen. In Abweichung vom römischen Recht wird aber bestimmt[12]), daß Verträge über dem Verkehr entzogene Sachen nicht ohne weiteres ungültig sind, sondern Bestand haben, wenn das Hindernis gehoben werden kann[13]). Ist dies aber nicht abzusehen oder für die als Leistungszeit maßgebende Zeit nicht zu erwarten, so tritt Befreiung ein, wenn die Sache dauernd aus dem Verkehr getreten und nicht zu haben ist[14]).

Nachträgliche Erschwerung der Erfüllung wird von der Unmöglichkeit scharf geschieden; hier wird der Verpflichtete

---

[7]) vgl. Windscheid-Kipp III § 647 Anm. 5.
[8]) l. 98 § 8 D. 46, 3.
[9]) Unten § 13, 3. a) cc).
[10]) l. un C. de sententiis quae pro ea quod interest proferetur 7, 47; vgl. dazu ausführlich Vangerow III § 571 Anm. 4 I; Windscheid-Kipp § 258 Anm. 9.
[11]) ALR. I, 5 § 68.
[12]) Das. § 69.
[13]) Das. § 58.
[14]) Dernburg, Preuß. PrivR. I § 28 Anm. 9.

nicht befreit[15]). Die damit für gewisse Fälle verbundene Härte hat das preußische Recht wohl empfunden und daher zweierlei bestimmt:

Einmal ist denkbar, daß durch eine zufällige Veränderung der Umstände eine unvorhergesehene Gefahr für die vereinbarte Erfüllungsart eingetreten ist; dann hat der Gläubiger, wenn er auf dieser Erfüllungsart besteht, die Gefahr zu übernehmen[16]). Dies wäre nur ein Gegenrecht, eine Einrede des Schuldners; er würde von seiner Leistung nicht ipso iure befreit.

Sodann gilt aber für ihn folgende weitere Erleichterung: Ist für den Schuldner bei der Erfüllung auf die bestimmte Art wahrscheinlich eine Gefahr für Leben, Gesundheit und Freiheit verbunden, so kann er vom Gläubiger zur Erfüllung nicht angehalten werden[17]). Ob dies unmittelbar befreiend wirkt, somit als unmöglich gilt, oder ob dem Schuldner hieraus nur eine Einrede erwächst, ist nicht ausdrücklich gesagt. Man muß es nach der Ausdrucksweise — „kann nicht angehalten werden" — als Einwand betrachten, der auch dann schon zu berücksichtigen wäre, wenn er sich aus dem Klagvorbringen ergibt. Der Fall scheint dem Notstand näher zu liegen als der Unmöglichkeit[18]). Doch hat sich das allgem. Landrecht offenbar für die Unmöglichkeit entschieden. Das scheint mir aus der Reihenfolge der Bestimmungen hervorzugehen. Zuerst wird die Unmöglichkeit, dann werden die oben (Anm. 15—17) erwähnten Fälle behandelt, und daran schließt sich die Bestimmung[19]), daß — außer dem Falle einer wirklichen Unmöglichkeit — die Erfüllung des Vertrages nur wegen veränderter Umstände nicht verweigert werden darf. Da diese Bestimmung denjenigen über die Erschwerung unmittelbar nachfolgt, ist anzunehmen, daß sie auch für die Erschwerung (bei Lebens-, Leibesgefahr und Gesundheit) gelten soll und diese daher der Unmöglichkeit zugerechnet wird.

4. Die übrigen deutschen Landesprivatrechte haben keine vom preußischen oder gemeinen Recht abweichenden Besonderheiten aufzuweisen. Erwähnt sei hier nur das sächsische Gesetzbuch, das Unmöglichkeit der Lieferung einer Gattungsschuld nur annimmt, wenn die ganze Gattung untergegangen ist[20]), bei Speziessachen dagegen als unmöglich und daher be-

---

[15]) ALR. I, 5 § 374.
[16]) Das. § 375.
[17]) ALR. a. a. O. § 376.
[18]) Für Unmöglichkeit: Dernburg a. a. O. § 101, 3; ein Rücktrittsrecht nimmt Koch (Lehrb. Bd. 2 § 568 Anm. 5a) an.
[19]) Das. § 377.
[20]) § 1011.

freiend außer der Leistung einer untergegangenen und dem Verkehr entzogenen Sache auch eine Leistung ansieht, wenn dem Schuldner die zu liefernde Sache abhanden gekommen oder er persönlich zur Leistung eines Tuns unfähig ist, also nur Unvermögen vorliegt [21]).

II. Die Behandlung im außerdeutschen Recht.

1. Von den außerdeutschen Rechten sei zuerst das französische Recht des code civil erwähnt, das ja auch für einzelne Gebiete des Deutschen Reiches von historischer und für andere europäische Länder von gegenwärtiger Bedeutung ist.

Er bestimmt, daß nur Sachen, die im Verkehr sind, Gegenstand von Verpflichtungen sein können: il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions [22]). Schuldbefreiung soll eintreten, wenn die Sache untergeht, nicht auffindbar oder außer Verkehr gesetzt ist: ... vient à périr, ... se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, ... est mis hors de commerce [23]). Die letztere Vorschrift bezieht sich zwar ausdrücklich nur auf Speziesschulden (le corps certain est déterminé), ist aber auch sinngemäß anwendbar, wenn einer der drei erwähnten Fälle — Untergang, Unauffindbarkeit und Außerverkehrsetzung — die ganze Gattung betrifft. Der letzte Fall interessiert hier besonders. Man kann nämlich sagen, außer Verkehr gesetzt ist eine Sache nicht nur dann, wenn dies für die einzelne bestimmte Gattung von Behörden angeordnet ist — z. B. Beschlagnahme von Kupfer —, sondern auch dann, wenn infolge unverschuldeter Umstände die Sache im Verkehr nicht zu haben ist — z. B. allgemein bei Blockade usw.

Dies führt zu den weiter unten zu berührenden Grundsätzen, die das Reichsgericht anläßlich der Kriegsverhältnisse aufgestellt hat. Auch hier ist die Ware an sich auf dem Weltmarkt zu bekommen, aber trotzdem tritt wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit der Leistung Befreiung ein, da die Ware außer dem in Betracht kommenden Verkehr — hors de commerce — ist.

2. Die gleichen Grundsätze finden sich im österreichischen Recht [24]). Auch hier hat man sich für ipso iure eintretende

---

[21]) § 1010.

[22]) Franz. und belg. code civil art. 1128; portug. c. c. art. 669—671.

[23]) Franz. und belg. c. c. art. 1302; holländ. c. c. art. 1480; portug. c. c. art. 717 § 1.

[24]) BGB. von 1811 §§ 840, 1447.

Befreiung, nicht für eine Einrede entschieden. Ist eine Sache dem Verkehr entzogen, so gilt der Vertrag nicht. Ist dennoch geleistet, so kann kondiziert werden [25]), was vom Standpunkt der Einrede nicht zulässig wäre.

3. Das schweizerische Obligationenrecht bestimmt lediglich, daß nicht zu verantwortende nachträgliche Unmöglichkeit das Erlöschen der Forderung bewirkt [26]), ferner daß bei Vorliegen von Verschulden eine Schadensersatzpflicht des Schuldners entsteht [27]). Inwiefern bei Gattungsschulden und bei nachträglich eintretenden Schwierigkeiten eine besondere Behandlung gerechtfertigt ist, bleibt der Wissenschaft überlassen, die sich hierin der Beurteilung für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch eng angeschlossen hat [28]).

---

[25]) vgl. Stubenrauch II zu § 880.
[26]) Art. 119.
[27]) Art. 97.
[28]) vgl. Oser Bem. zu §§ 71, 97, 119; Schneider-Fick § 119 Anm. 9—27, § 97 Anm. 15—18; besonders Gmür-Becker § 97 Anm. 9.

C. Hauptteil.

Die Beurteilung nach heutigem Recht.

Erster Abschnitt.

Die Theorien über die Unerschwinglichkeit und überobligationsmäßige Schwierigkeit.

§ 3.

I. Allgemeines. Abgrenzung der Begriffe.

Vor Eingehen auf die theoretische Behandlung der Unerschwinglichkeit oder überobligationsmäßigen Schwierigkeit scheint mir zur Klärung der Frage erforderlich, die von den verschiedenen Seiten sehr häufig in ganz verschiedenem Sinne verwandten Begriffe genau festzulegen.

1. Objektive Unmöglichkeit liegt vor,

a) wenn die ganze geschuldete Gattung nirgends mehr vorhanden ist: auf dem ganzen Erdball sind die Gegenstände der betreffenden Gattung untergegangen, neue können nicht hergestellt werden. Dies ist eine allgemeine objektive Unmöglichkeit.

b) Auch dann liegt objektive Unmöglichkeit vor, wenn nur in einem begrenzten Gebiet kein Gegenstand der betreffenden Gattung mehr vorhanden ist und nur dieses Gebiet als Beschaffungsgebiet in Betracht kommt: z. B. bei hermetischer Abschließung eines Landes durch den Feind, wenn eine nach der Abschließung nur im Ausland zu bekommende Ware geschuldet ist, oder bei einer von jedem Verkehr tatsächlich abgesperrten Insel. Diese Unmöglichkeit ist begrenzt objektiv.

2. Die sogen. Unerschwinglichkeit. Die Leistung ist zwar nicht streng logisch unmöglich, aber das Mißverhältnis zwischen den aufzuwendenden Mitteln und dem herbeizuführenden Erfolg ist so groß, daß es widersinnig wäre, dem Schuldner

die Überwindung der Schwierigkeiten zuzumuten. Ein Beispiel[1]) mag dies erläutern: Ein bestimmter Gegenstand von verhältnismäßig geringem Wert, z. B. ein Filzhut, ist geschuldet, vor Leistung aber durch Zufall ins Meer gefallen. Hier wird kein vernünftiger Mensch für erforderlich halten, daß der Schuldner zur Bergung des Hutes Taucherarbeiten vornehmen läßt; es ist klar, daß der Schuldner ipso iure befreit werden muß und gegen ihn kein Versäumnisurteil ergehen könnte, wenn sich das Abhandenkommen des Hutes aus dem Klagvorbringen ergeben sollte. Über die Entscheidung dieses Falles herrscht auch kein Streit. Selbst wer den Begriff der juristischen Unmöglichkeit ablehnt, muß dahin kommen, diese Fälle als der logischen Unmöglichkeit verwandt zu betrachten: Eine derartige Leistung wäre zwar nicht naturwissenschaftlich oder mathematisch logisch unmöglich, aber juristisch logisch unmöglich, oder anders ausgedrückt: „nicht die reine Vernunft, sondern die praktische Vernunft entscheidet, ob etwas logisch unmöglich ist“[2]).

Soweit die herrschende Lehre diese Unerschwinglichkeit der Unmöglichkeit gleichstellt, ist ihr durchaus beizupflichten. Es hat aber den Anschein, daß man auch die unter 3. zu besprechenden Fälle der überobligationsmäßigen Schwierigkeit hierunter zu fassen versucht[3]).

3. Die überobligationsmäßige Schwierigkeit.

Nicht nach den Grundsätzen der Unerschwinglichkeit, sondern nach anderen wäre zu konstruieren, wenn die ins Meer gefallene Sache nicht verhältnismäßig wertlos, sondern von einiger Bedeutung wäre — z. B. eine Ladung kostbarer Gegenstände: Gold, Perlen, Modelle neuer Erfindungen, die sonst nicht mehr oder nur schwer zu beschaffen sind, usw. Das Verlangen der Bergung dieser Gegenstände kann an sich dem vernünftigen Empfinden entsprechen. Steht aber die erforderliche Aufwendung in derartigem Widerspruch zu dem Wert der Gegenstände, daß man trotzdem dem Schuldner billigerweise die Bergung nicht zumuten kann, so liegt das Bedürfnis vor, dem Schuldner seine Haftung abzunehmen[4]). Diese Fälle werden am besten unter den Begriff der überobligationsmäßigen Schwierigkeit gebracht. Gerade über ihre rechtliche Behandlung ist der Streit am lebhaftesten entbrannt.

---

[1]) Aus Planck-Siber Vorbem. III 3b zu §§ 275—282; vgl. auch Eckstein im ArchBürgR. Bd. 37 S. 415.

[2]) Krückmann, Unmöglichkeit S. 61 (Nachlese Bd. 1 S. 4).

[3]) Darüber unten § 5.

[4]) vgl. ferner das Beispiel bei Cosack § 98a I: Wert des gesunkenen Kahns 3000 Mk., Hebungskosten 30000 Mk.

4. Davon zu unterscheiden ist die obligationsmäßige Schwierigkeit. Es sind nachträglich Hindernisse eingetreten, die die Erfüllung erheblich erschweren und bei Vertragsabschluß nicht vorausgesehen werden konnten[5]; z. B. teilweise Einstellung des Bahnverkehrs, Erhöhung der Frachtgebühren und ähnliche Gründe. Hier muß der Schuldner trotzdem verhaftet bleiben, wenn es der Auslegung des Vertrages entspricht. Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden[6], daß der Schuldner nicht allzu leicht von seiner Verpflichtung befreit werden darf, er vielmehr, wenn er Verpflichtungen übernommen hat, seine ganze Kraft selbst bis zum äußersten für die Erfüllung einsetzen muß. Leistet er dann trotzdem nicht, so treten unter Umständen die Verzugsfolgen ein. Hier ist das Grenzgebiet zwischen Unmöglichkeit und Verzug.

Besondere Zweifel entstehen somit nur in der rechtlichen Behandlung der überobligationsmäßigen Schwierigkeit. Hier sind verschiedene Versuche einer theoretischen Konstruktion gemacht worden.

II. Die einzelnen Theorien.

§ 4.

I. Der zivilrechtliche Notstand.

Die Schriftsteller, die den Begriff des Notstandes als juristische Konstruktion für die Fälle der überobligationsmäßigen Schwierigkeit verwerten, gehen von folgendem Tatbestand aus[1]: Ein Mieter, dessen Mietvertrag an einem bestimmten Tage abläuft, oder einer seiner Angehörigen ist so schwer erkrankt, daß die Räumung der Wohnung für ihn oder den betreffenden Erkrankten nur mit Lebensgefahr möglich wäre. Es wird nicht mit Unrecht ausgeführt, daß das Verlangen des Vermieters, auszuziehen, keine unmögliche Handlung darstellt, da es dem Mieter ja freisteht, die Gefahren auf sich zu nehmen und die Wohnung trotzdem zu räumen. Die Annahme eines Notstandes (§§ 228, 904 BGB.) erscheint hier gerechtfertigt, da dessen Voraussetzungen vorliegen. Aus dem Begriff des Notstandes ergibt sich aber nicht, welche praktischen Folgen hieraus für die erforderliche Ent-

---

[5]) Näheres im zweiten Abschnitt § 15.

[6]) Von Krückmann, Unmöglichkeit S. 55 und RG. in den neueren Entscheidungen, s. unten § 13 Anm. 11; vgl. auch Binder in ZHR. Bd. 52 S. 597 ff.

[1]) Lehmann in JheringsJ. Bd. 13 S. 237 ff.; v. Tuhr S. 34.

scheidung gezogen werden können [2]). Das Gesetz handelt lediglich von Sachbeschädigungen und Einwirkungen auf Sachen, sagt aber nicht, welche Folgen für Vertragsverhältnisse aus dem Notstand entstehen. Führt daher schon für den herangezogenen Tatbestand der Begriff des Notstandes nicht zu einem praktischen Ergebnis, so ist weiter zweierlei zu bedenken.

Einmal hatte es sich hier nur um einen Fall der Speziesschuld gehandelt; die Anwendung des Notstandsbegriffs auf Gattungsschulden verbietet sich aber meist schon aus der Struktur der Gattungsschuld: Selbst bei Vorliegen der Notstandsvoraussetzungen (Gefahr usw.) wird bei Gattungsschulden in der Regel keine Befreiung eintreten und der Schuldner weiter verpflichtet bleiben, so z. B. wenn die Beschaffung der versprochenen Gattung auf dem bisher vom Schuldner eingeschlagenen Wege nur mit großer Gefahr zu erreichen wäre, eine anderweitige Beschaffung aber erheblich höhere Kosten für den Schuldner erfordern würde.

Sodann sind aber Fälle denkbar, in denen die Voraussetzungen des Notstandes nicht vorliegen und trotzdem eine Befreiung des Schuldners herbeigeführt werden muß [3]), und diese Fälle sind gerade die im Verkehrsleben häufigsten.

Der Begriff des Notstandes muß daher als nicht verwertbar ausscheiden.

§ 5.

2. Die Unmöglichkeitslehre.

a) Die zurzeit herrschende Lehre [1]) sagt: Unmöglich, d. h. objektiv unmöglich ist nicht nur, was logisch unmöglich ist, also nach den Gesetzen der Logik notwendig nicht geschehen kann, sondern auch was juristisch unmöglich ist, also vom Rechtsstandpunkt aus nicht verlangt und zugemutet werden kann. Solche Schwierigkeiten, deren Überwindung man dem Schuldner billigerweise nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zumuten kann, stehen der Unmöglichkeit gleich, werden als solche behandelt [2]). Die Schwierigkeiten müssen so

---

[2]) So mit Recht Titze S. 7.

[3]) vgl. Titze S. 7; Krückmann, Unmöglichkeit S. 4.

[1]) Motive bei Mugdan S. 24ff.; Cosack § 98a I; Crome Bd. 2 § 145, 1a; Dernburg-Engelmann § 60 Anm. 2; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Anm. 253; Enneccerus § 253, 1a, § 268, 2; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 85, II; Kisch S. 11ff.; Kohler Bd. 2 § 26; Komm. d. RGR. § 275 Anm. 2; Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 47—49; Staudinger-Kuhlenbeck, Vorbem. zu §§ 275—282 I, 1; Titze S. 9. In der Ausdehnung des Begriffs gehen die Meinungen zum Teil auseinander.

[2]) RG. seit Bd. 57 S. 118 in ständiger Rechtsprechung.

beschaffen sein, daß ihre Überwindung nur mit ganz unverhältnismäßigen Opfern, unter schweren Gefahren, bei Verletzung höherer sittlicher Pflichten[3]) oder unter Konflikt mit Berufspflichten und Rücksichten des öffentlichen Interesses[4]) möglich ist. „Nach § 242 ist der Schuldner immer nur zu derjenigen Leistung verpflichtet, die in concreto nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gefordert werden kann; was darüber hinausgeht, gilt als juristisch (praktisch) unmöglich[5])." „Eine Leistung ist im Rechtssinne dann möglich, wenn ihrer Bewirkung entweder unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen, oder doch wenigstens Hindernisse, deren Überwindung dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann[6])."

Soweit es sich hierbei um unüberwindliche Hindernisse handelt, seien sie nun derart, daß die Leistung naturnotwendig (Unmöglichkeit) oder juristisch notwendig (Unerschwinglichkeit) nicht geschehen kann, ist dem durchaus zuzustimmen[7]).

Sofern es sich aber um Hindernisse dreht, deren Überwindung man dem Schuldner billigerweise nicht zumuten kann (überobligationsmäßige Schwierigkeit), erheben sich schwerwiegende Bedenken. Anf sie ist insbesondere von Krückmann[8]) in ausführlicher Darstellung hingewiesen worden. Seiner Kritik kann die herrschende Lehre meines Erachtens nicht standhalten. Insbesondere ist auf folgendes hinzuweisen, das bisher nicht genügend zum Ausdruck gekommen ist und dem nach meiner Ansicht entscheidende Bedeutung zukommt.

In allen diesen von der herrschenden Ansicht ins Auge gefaßten Fällen der juristischen Unmöglichkeit ist die Leistung doch, wenn auch billigerweise dem Schuldner nicht zuzumuten, so doch zwar an sich möglich. Nun ist der Fall denkbar, daß der Schuldner trotz der eingetretenen Schwierigkeit leisten will. Er hat z. B. ein besonderes Interesse daran, sich die langjährigen Geschäftsverbindungen zu erhalten, obwohl man ihm an sich die Leistung nicht zumuten könnte, und leistet trotzdem. Dann muß die herrschende Lehre nach ihrer Auffassung die Leistung entweder, trotzdem der Schuldner sie unter übermäßigem Kraftaufwand erbracht hat, als im Rechtssinne unmöglich betrachten;

---

[3]) Enneccerus § 268, 2.
[4]) Kisch S. 13.
[5]) Standinger-Kuhlenbeck a. a. O.
[6]) Titze a. a. O.
[7]) vgl. oben § 3.
[8]) Unmöglichkeit S. 5ff., Nachlese Bd. 2 S. 128ff.; vgl. dazu noch Eckstein S. 440; Planck-Siber, Vorbem. zu §§ 275—282 III, 1b; Binder in ZHR. Bd. 52 S. 597ff.

die Folge davon wäre, daß der Schuldner die erbrachte Leistung zurückfordern könnte, da der Gläubiger ein indebitum erhalten hätte und also ungerechtfertigt bereichert wäre. Der Gläubiger wäre dann dem Willen des Schuldners ausgeliefert, ob dieser die erbrachte Leistung gelten lassen will oder nicht.

Oder die herrschende Meinung müßte die erbrachte Leistung als möglich ansprechen; denn wenn der Schuldner die Hindernisse mit größtem Kraft- oder Geldaufwand beseitigte, dann hat er etwas Mögliches geleistet; er hat selbst bewiesen, daß die Leistung vermocht werden kann. Ob die Leistung juristisch — im Sinne der herrschenden Lehre — unmöglich wäre, hinge daher in diesem Falle spezieller Leistungsbereitschaft trotz genereller Nichtzumutbarbeit unter anderem von dem Ermessen des Schuldners ab, ob er leisten wolle oder nicht. Die Frage, ob etwas geleistet werden kann, wird somit im Endergebnis auch davon abhängig gemacht, ob der Schuldner leisten will.

Die Frage nach der Unmöglichkeit ist aber die Frage nach dem Leistenkönnen, nicht dem Leistenwollen[9]). Bei nicht zumutbaren Erfüllungshindernissen kann der Schuldner leisten, wenn er die an sich möglichen Opfer aufwenden will; seine Leistung ist möglich, wenn er sie erbringt. Er braucht sie aber unter Umständen nicht zu erbringen, wenn sie ihm nicht zugemutet werden kann. Nicht Unmöglichkeit, sondern ein anderer Rechtsgrund muß ihm seine Haftung abnehmen[10]).

Es muß daher meines Erachtens daran festgehalten werden, daß Unmöglichkeit im Rechtssinne dann nicht vorliegt, wenn solche Schwierigkeiten vorhanden sind, deren Überwindung man dem Schuldner billigerweise nicht zumuten kann. Die relative Unmöglichkeitstheorie ist abzulehnen. Richtig ist vielmehr die Auffassung[11]), daß Unmöglichkeit nur logische Unmöglichkeit oder „Notwendigkeit des Nichtgeschehens“[12]) ist. Letzteres liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn die Leistung tatsächlich unmöglich geworden ist — die ganze Gattung ist untergegangen oder (in dem schon erwähnten Falle) in das von allen Seiten blockierte Land kann kein Stück der betreffenden Gattung hereinkommen, während sie draußen noch zu haben ist —, sondern auch, wenn die Logik des rechtlichen Denkens — im Gegensatz zur Billigkeit des rechtlichen Denkens — die

---

[9]) vgl. dazu Kleineidam S. 1; Kisch S. 13.

[10]) Davon unten § 7.

[11]) vgl. die ausführliche Nachweisung bei Planck-Siber Vorbem. zu §§ 275—282 III, 1 b.

[12]) So Hartmann S. 172.

Leistung für unmöglich hält: in den bereits oben erwähnten Fällen der Unerschwinglichkeit[13]).

b) Auch subjektives Unvermögen[14]) kommt für die überobligationsmäßige Schwierigkeit nicht in Betracht. Nicht nur jeder Dritte kann die Leistung erbringen, wenn er will, sondern auch gerade der Schuldner ist dazu imstande, wenn er die außergewöhnlichen, nicht überwindlich scheinenden Hindernisse beseitigt.

In den Fällen der überobligationsmäßigen Schwierigkeit liegt demnach weder Unmöglichkeit noch Unvermögen des Schuldners vor.

§ 6.

3. Die Einrede aus gewichtigem Grunde.

Eine in der jüngsten Zeit an Anhängern zunehmende Meinung[1]) hat aus der Verwerfung des juristischen Unmöglichkeitsbegriffs die strengsten Folgerungen gezogen. Ihr Begründer und Hauptverfechter Krückmann will den Schuldner bei überobligationsmäßiger Schwierigkeit nicht ipso iure befreien, sondern gibt ihm nur eine Einrede aus entgegenstehendem überwiegendem eigenen Interesse oder gewichtigem Grunde.

Gegen diese Auffassung sprechen erhebliche konstruktive und praktische Bedenken.

a) Die juristische Konstruktion.

Die Einrede aus wichtigem Grunde wird aus einer Reihe von Einzelvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs[2]) als aus ihnen zu abstrahierendes Grundprinzip abgeleitet. Es sind hier drei Gruppen von Vorschriften zu unterscheiden.

Die eine (z. B. §§ 251, 633, 948, 2170 Abs. 2, 2288 Abs. 2) gibt dem Schuldner das Recht, also nur eine Einrede, den Gläubiger in Geld abzufinden, wenn die Herstellung des ursprünglichen Zustandes, die Beseitigung des Mangels, die Trennung

---

[13]) Ebenso wohl auch Schröder S. 46, der Unmöglichkeit bei solchen Hinderungsgründen annimmt, deren Wirkung selbst die größtmögliche Kraftanstrengung — im Gegensatz zur größten, dem Schuldner zuzumutenden — nicht zu beseitigen vermag.

[14]) Dafür Kisch, Gattungsschuld S. 87, der aber die hier vorgebrachten Gründe nicht wegzuräumen vermag.

[1]) Krückmann, Unmöglichkeit S. 1—55; Nachlese Bd. 2 S. 128ff., 233ff.; Oertmann § 275 Vorbem. 3; Rabel S. 11, 36, 62; Gmür-Secker Art. 97 Anm. 9; zum Teil auch Planck-Siber, Vorbem. zu BGB §§ 275—282 III, 3a.

[2]) vgl. die Zusammenstellung bei Fischer-Henle § 226 Anm. 5.

oder die Verschaffung nur mit unverhältnismäßigem Aufwand oder Kosten möglich wäre.

Bei der zweiten (z. B. §§ 343 Abs. 1, 655) können unverhältnismäßige Vertragsleistungen (Vertragsstrafe oder Mäklerlohn) auf Antrag des Schuldners herabgesetzt werden.

Bei einer dritten Gruppe von Vorschriften endlich wird einem Beteiligten ganz allgemein bei wichtigem Grunde das Recht eingeräumt, eine Veränderung der rechtlichen Beziehungen herbeizuführen (z. B. Widerruf der Bestellung eines Vorstandes § 27 Abs. 2, Entlassung des Vormunds und Testamentsvollstreckers §§ 1889, 2227, Kündigung in den Fällen der §§ 544, 549 Abs. 2, 626, 627 Abs. 2, 671 Abs. 2, 696, 712 Abs. 2, 723, 749).

Allen Vorschriften ist zunächst gemeinsam, daß sie von ganz speziell ausgestalteten Tatbeständen ausgehen und bei diesen gewisse Härten durch Einrederechte zu beseitigen suchen. Die Singularität dieser Bestimmungen mag an einzelnen Beispielen dargelegt werden[3]).

Am ehesten könnte man noch bei den Vorschriften der ersten Gruppe an ein allgemeines Prinzip denken. Doch ist diesen Vorschriften (mit Ausnahme der beiden erbrechtlichen) nur gemeinsam, daß die ursprüngliche Leistung — infolge schadenbringender Handlung, Ausführung des Werkvertrags und Vermischung — nicht mehr ohne weiteres erbracht werden kann. Im übrigen sind sie Spezialvorschriften. § 633 Abs. 2 Satz 2 insbesondere war erforderlich, weil der Besteller beim Werkvertrag — im Gegensatz zum Käufer beim Kaufvertrag — Ausbesserung verlangen kann und er dieses Recht nicht bei Mißverhältnis zwischen dem zu beseitigenden Mangel und der aufzuwendenden Arbeit oder Geldleistung ausüben soll.

Auch bei der dritten Gruppe (Auflösungsgründe aus wichtigem Grunde) handelt es sich um Einzelvorschriften. Dies erhellt namentlich bei den Fällen der Kündigung. Beim Mietvertrag ist das Kündigungsrecht (§§ 544, 549 Abs. 1) beschränkter als beim Dienstvertrag oder Gesellschaftsvertrag. Je nach der besonderen Art des Rechtsverhältnisses ergeben sich mehr oder minder nur für das betreffende Verhältnis passende Auflösungsgründe aus wichtigem Grunde. Es erscheint sehr gewagt, daraus ein allgemeines Prinzip herzuleiten.

Am deutlichsten tritt die Singularität der Vorschriften bei der zweiten Gruppe hervor. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe ist unter Kaufleuten ausgeschlossen: HGB. § 348. Und die Herabsetzung des Mäklerlohnes ist nur bei dem Mäkler-

---

[3]) Für sie spricht sich auch Planck (3. Aufl) § 275, 1 B aus.

vertrag zulässig, der für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß oder für die Vermittlung eines Dienstvertrags geschlossen wurde; bei Mäklerverträgen, die einen anderen Vertrag zum Gegenstand haben, gilt diese Vorschrift nicht.

Zusammenfassung von Einzelvorschriften zu einem Gesamtprinzip (Analogisierung) ist nun aber nur zulässig, wenn zwischen den nicht ausdrücklich im Gesetz geordneten Tatbeständen und den vom Gesetz berücksichtigten Tatbeständen innere Gleichartigkeit besteht und die Notwendigkeit gleicher Beurteilung vorhanden ist. Beides liegt in den erwähnten Fällen der überobligationsmäßigen Schwierigkeit nicht vor. Die innere Gleichartigkeit ist nur scheinbar. Das Gemeinsame ist lediglich, daß ein Beteiligter aus Billigkeitsgründen verlangen kann, daß eine Veränderung der rechtlichen Beziehungen herbeigeführt werde. Daß ein allgemeiner hierauf gerichteter Grundsatz vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen ist, kann wohl keinem Zweifel unterliegen. Mit Recht ist schon eine allgemeine Klausel wegen veränderter Umstände (clausula rebus sic stantibus) abgelehnt worden[4]; über sie würde der Rechtssatz, daß man allgemein aus Billigkeitsgründen eine Veränderung der Rechtsbeziehungen herbeiführen könnte, aber noch weit hinausgehen[5].

Es fehlt auch die Notwendigkeit der gleichartigen Behandlung. Wie weiter unten[6] darzulegen sein wird, ergeben sich aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die in Frage stehenden Fälle ausreichende Behelfe.

Endlich sei noch auf die erhebliche Verschiedenheit der aufgeführten drei Gruppen von Vorschriften in ihren Wirkungen hingewiesen. Am weitesten geht die dritte Gruppe, bei der es zu einer Auflösung des Rechtsverhältnisses kommen kann; bei der zweiten wird die Verpflichtung des Schuldners herabgemindert und bei der ersten an Stelle der ursprünglichen Leistung nur eine andere gesetzt. Fälle, bei denen das Gesetz eine derartig verschiedene Behandlung für angebracht hält, können unmöglich unter ein einheitliches Prinzip gebracht, die für sie gegebenen Vorschriften vielmehr nur als singuläre Rechtsregeln bewertet werden[7].

---

[4]) Enneccerus § 264 IV; Staudinger-Kuhlenbeck § 321 Anm. 1; Planck-Siber § 157, 6a, Vorbem. zu §§ 275—282, III 3a; RG. Bd. 50 S. 255 ff., Bd. 60 S. 56 ff.; RG. in Warn. 1911 S. 246; RG. in DJZ. 1916 S. 815.

[5]) vgl. Staudinger-Kuhlenbeck Vorbem. zu §§ 275—282 I, 1.

[6]) § 7 (Kraftanstrengungslehre).

[7]) Das schließt nicht aus, daß einzelne Vorschriften nicht in einzelnen besonderen Fällen der analogen Anwendung fähig wären; dadurch wird auch das Bedenken Rabels S. 62 widerlegt.

b) Auch die praktischen Bedenken gegen die Einredetheorie sind erheblich. Sollten die Fälle der überobligationsmäßigen Schwierigkeit unter den Einredebegriff gefaßt werden, so müßte man sich mit der allgemeinen, über die Fälle der überobligationsmäßigen Schwierigkeit hinausgehenden Klausel der veränderten Umstände behelfen. Würde man aber eine derartige Einrede anerkennen, so würde kein Gläubiger imstande sein, mit Sicherheit festzustellen, wie lange sein Schuldner ihm verhaftet bleibt. Die daraus entstehende Rechtsunsicherheit im wirtschaftlichen Leben könnte sowohl für den Gläubiger wie für den Schuldner zu dem im wirtschaftlichen Interesse nicht zu billigenden Ergebnis führen, den Abschluß von Verträgen zu verhindern oder zu verzögern[8]). Der Vorwurf, der von Vertretern der bekämpften Ansicht erhoben wird[9]), daß eine allzu große Dehnung des Unmöglichkeitsbegriffs die Beständigkeit der Verträge in Frage stellen würde, weil der Schuldner allzu leicht befreit würde, müßte in noch größerem Maße gegen sie selbst erhoben werden[10]).

Die Einrede aus gewichtigem Grunde ist daher meines Erachtens abzulehnen. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner, wenn ihm kein Befreiungsgrund aus Unmöglichkeit oder ähnlichen Ursachen zur Seite steht, unter allen Umständen zur Erfüllung verpflichtet wäre; die allgemeine exceptio doli des § 826 BGB .bleibt ihm unbenommen, wenn das Beharren des Gläubigers auf Erfüllung gegen die guten Sitten verstoßen würde. Solche Fälle sind denkbar, aber nur mit großer Vorsicht zu beurteilen[11]).

§ 7.

4. Die Lehre von der Kraftanstrengung.

Ein befriedigendes theoretisches und praktisches Ergebnis für die Fälle der überobligationsmäßigen Schwierigkeit läßt sich nach meiner Auffassung nur finden, wenn man auf der Lehre von der Kraftanstrengung[1]) aufbaut.

---

[8]) So mit Recht: Hueck in DJZ. 1916 S. 855, 1919 S. 224; OLG. Dresden in JW. 1917 S. 864 Nr. 8; Blunck in DJZ. 1918 S. 396.

[9]) Krückmann, Unmöglichkeit S. 55.

[10]) Im Ergebnis ebenso: Dernburg § 60 Anm. 2; Staudinger-Kuhlenbeck, Vorbem zu §§ 275—282 I. 1.

[11]) vgl. darüber unten § 15.

[1]) Hartmann S. 199; Brecht S. 216 ff.; Ubbelohde im ArchZivPrax. Bd. 85 S. 118 ff.; Kleineidam S. 14; Krahmer S. 42. Ähnlich Haußmann in JW. 1915 S. 634 ff.: Prüfung der Zumutbarkeit (Kraftanstrengung) nach den Grundsätzen einer objektiv nachträglichen Prognose.

a) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet. Bei Gattungsschulden kann es sich nur um die Leistung eines Tuns handeln. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien dieses Tun willkürlich festsetzen. Beim Kauf, Tausch oder der Schenkung z. B. besteht es in der Übergabe und Eigentumsverschaffung, beim Dienstvertrag in der Leistung von Diensten, beim Werkvertrag in der Herstellung eines Werkes oder der Herbeiführung eines sonstigen Erfolges usw. Unzweifelhaft wird nun jedes Schuldverhältnis zu dem Zwecke begründet, damit der angestrebte Erfolg (Eigentumsübergang usw.) eintritt. Ist nun dieser Erfolg auch vom Schuldner geschuldet? Ist er Inhalt des Schuldverhältnisses (in obligatione)? Man hat versucht, dies abzulehnen, und gesagt[2]), Inhalt des Schuldverhältnisses sei lediglich eine vom Schuldner aufzubringende Kraftanstrengung, wobei es gleichgültig sei, ob der Erfolg eintrete oder nicht[3]). Dies scheint mir eine Verkennung des Begriffs der Schuld zu sein[4]).

Geschuldet ist nach § 241 BGB. eine Leistung. Diese besteht in einem Tun, Unterlassen oder Dulden. Das Tun wiederum besteht in dem von den Parteien bestimmten Handeln. Beim Kauf wollen die Parteien, daß der Verkäufer dem Käufer die Sache übergebe und das Eigentum daran verschaffe, beim Werkvertrag soll der Unternehmer dem Besteller das Werk herstellen usw. Auf die Herbeiführung dieses Erfolges ist das Schuldverhältnis gerichtet[5]); dieser Erfolg ist in obligatione. Aber auch nur er, nicht der weitergehende, daß z. B. der Käufer oder Besteller irgendwelchen Nutzen oder Gebrauchsvorteil von der Sache habe. Diese weitergehenden Folgen sind vielmehr nur Beweggründe des Käufers und Bestellers, wie die Verwendung des Kaufpreises und Werklohns zum Zwecke der Lebensführung nur Motive des Verkäufers fur den Vertragsabschluß sind.

Daß der im Vertrag zum Ausdruck gebrachte Erfolg Inhalt des Schuldverhältnisses ist, ergibt sich noch aus den Folgen der Erfüllung durch Dritte. Leistet ein Dritter an Stelle des Schuldners an den Gläubiger, so ist die Schuld erloschen, ohne

---

[2]) Brecht S. 226.

[3]) vgl. die ausführliche Darlegung bei Krückmann, Nachlese Bd. 2 S. 22 ff.

[4]) Auf die ausgedehnten Streitpunkte im Gebiet von Schuld und Haftung kann hier nicht näher eingegangen werden, da dies den Rahmen der Aufgabe überschreiten würde.

[5]) So auch die herrschende Meinung, vgl. insbes. die grundlegende Darstellung bei Siber in JheringsJ. Bd. 50 S. 173 ff.; Brecht S. 220 ff.; Krückmann, Nachlese Bd. 2 S. 128 ff.; ferner bei Kleineidam S. 15; Schroeder S. 18 ff.

Rücksicht darauf, ob der Schuldner die mindeste Kraftanstrengung aufgewandt hat, und zwar nur aus dem Grunde, weil der erstrebte Erfolg eingetreten ist (§ 267 BGB.)[6]).

Wollte man nur eine vom Schuldner aufzubringende Kraftanstrengung, nicht aber den erstrebten bestimmten Erfolg zum Inhalt des Schuldverhältnisses machen, so wäre die Folge, daß der Schuldner, wenn er unter Überwindung der überobligationsmäßigen Schwierigkeiten die Leistung erbracht hätte, eine Nichtschuld geleistet hätte und somit zur Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung berechtigt wäre[7]).

Ich möchte daher annehmen, das nach § 241 BGB. erforderliche Tun des Schuldners bestehe in der Herbeiführung des im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Erfolges[8]).

Verträge — und dasselbe gilt analog auch für Verpflichtungen aus einseitigen Rechtsgeschäften[9]) — sind aber so auszulegen und Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§§ 157, 242 BGB.). Daraus ergibt sich, daß die Haftung des Schuldners auf den im Vertrag bezeichneten Erfolg unter Umständen — wenn es ihm nach Billigkeit nicht zuzumuten ist — nicht so weit geht als seine Schuld. Er haftet nur mit einer Kraftanstrengung, die ihm nach der Vertragsauslegung unter billiger Abwägung der Verhältnisse von Schuldner und Gläubiger zugemutet werden kann, selbst wenn die Parteien bei Vertragsabschluß an die später eintretenden überobligationsmäßigen Hinderungsgründe nicht gedacht und sie nicht berücksichtigt haben. Der Schuldner schuldet die überobligationsmäßige Leistung, aber er haftet nicht für sie. So wie die Sachhaftung (z. B. bei Grundpfandrecht, Nachlaß, Vermögensübernahme) durch die Sache oder den Vermögensinbegriff, so ist die Haftung mit der Person durch die vom Schnldner billigerweise zu fordernde Kraftanstrengung begrenzt.

---

[6]) Planck-Siber Vorbem. zn §§ 241—432 III B 2; Dernberg, Pand. Bd. 2 § 2 S. 5, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 § 6 S. 19; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 250 Anm. 2; dagegen Kretschmar S. 125 f.

[7]) Doch ließe sich, wie zugegeben werden muß, in den Fällen, in denen dem Schuldner bei der Leistung die Überobligationsmäßigkeit zum Bewußtsein gekommen wäre und er daher gewußt hätte, daß er eine Nichtschuld erfüllt hätte, mit Hilfe von § 814 BGB. zu einem praktischen Ergebnis kommen.

[8]) Über die Frage, inwieweit der Erfolg Inhalt des Schuldverhältnisses ist, vgl. insbes. Kisch S. 15 und die dort angeführte Literatur sowie Krückmann, Nachlese Bd. 2 S. 22 ff., 128 ff.

[9]) So herrschende Meinung, s. bei Planck-Siber § 157, 1.

b) Es mag zugegeben werden, daß sich die hier vertretene Auffassung von der überobligationsmäßigen Schwierigkeit in ihrem praktischen Ergebnis nicht sehr von der relativen Unmöglichkeitstheorie unterscheidet[10]); sie hat aber theoretisch den Vorteil der klareren Begriffsbestimmung. Sie verdient auch darum den Vorzug vor jener, weil der Begriff der Unmöglichkeit nicht ausreichen würde, um alle Fälle zu decken[11]). Selbst wenn Unmöglichkeit und Unvermögen nicht vorliegen, kann Befreiung des Schuldners wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit nötig sein, wenn die nach § 242 BGB. zu fordernde Kraftanstrengung überschritten würde. Das gilt namentlich für Speziesschulden: Der zu einem Gastspiel verpflichtete Künstler wird vom Auftreten befreit, wenn am Orte des Auftretens eine schwere Epidemie ausgebrochen ist oder seine Mutter im Sterben liegt[12]). Unmöglich ist die Leistung sicher nicht, der Künstler ist auch subjektiv zur Erfüllung vermögend. aber er braucht unter diesen Umständen nicht aufzutreten, weil es über die vertraglich vorausgesetzte körperliche und seelische Kraftanstrengung hinausgehen würde. Hierher gehören alle Fälle, in denen die Voraussetzungen des Notstands vorliegen. „Die Möglichkeit einer größeren als durch das Schuldverhältnis begründeten Kraftanstrengung bleibt außer Betracht[13])."

Die nenesten Entscheidungen des Reichsgerichts legen die Vermutung nahe, daß sich auch das Reichsgericht von der Unhaltbarkeit der relativen Unmöglichkeitslehre zu überzeugen scheint und neben der Unmöglichkeit einen besonderen Befreiungsgrund aus § 242 BGB. annimmt. Es nennt diesen Befreiungsgrund „Unerschwinglichkeit" und hält ihn für begründet, wenn kraft § 242 nach Treu und Glauben nicht mehr vom Schuldner zu fordern sei[14]); der Gesichtspunkt des § 242 wird dem der Unmöglichkeit gegenübergestellt[15]) und ausgeführt, daß Unerschwinglichkeit — d. h. überobligationsmäßige Schwierigkeit im Sinne der hier vertretenen Ansicht — auch ohne Rücksicht

---

[10]) Auf gewisse Unterschiede wird unter c) dieses Paragraphen hingewiesen.

[11]) Übereinstimmend Rabel S. 63.

[12]) Dieser Fall und ähnliche bei Titze S. 3f. und Krückmann, Unmöglichkeit S. 2ff.

[13]) Planck (3. Aufl.) § 275, 1. Der hier vertretenen Ansicht scheint auch Oertmann im ArchBürgR. Bd. 12 S. 284 nahe zu kommen: „Nicht solange die Gattung noch existiert, sondern solange die Leistung daraus möglich ist, bleibt der Schuldner verhaftet; wie lange das ist, ist nach § 242 zu beurteilen".

[14]) RG. Bd. 88 S. 175.

[15]) RG. Bd. 92 S. 323f.

auf Unmöglichkeit und Unvermögen vorliegen könne[16]). Diese selbständige Gegenüberstellung erscheint auch theoretisch aus den hier näher angeführten Gründen zutreffend.

c) Aus dieser Auffassung der überobligationsmäßigen Schwierigkeit ergeben sich folgende rechtliche Wirkungen:

1. Der Schuldner schuldet die im Vertrag festgesetzte Leistung. Leistet er trotz Vorhandenseins von überobligationsmäßiger Schwierigkeit, so hat er ein debitum geleistet und kann nicht Rückgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung verlangen. Es liegt ein der Naturalobligation verwandter Fall vor.

2. Der Schuldner haftet aber auf die Erbringung der Leistung nur mit einem noch näher[17]) festzustellenden Kraftaufwand. Hat er diesen erbracht, ohne daß sich die Erfüllung der Schuld verwirklichen ließ, oder ist mit Bestimmtheit vorauszusehen, daß auch bei Aufwendung der Kraftanstrengung der Erfolg nicht eintreten wird, so ist er von seiner Haftung ohne Rücksicht auf Unmöglichkeit ipso iure frei, der Gläubiger kann nicht mehr verlangen[18]).

3. Ergibt sich die überobligationsmäßige Schwierigkeit aus dem Klagvorbringen oder ist sie gerichtsbekannt und erscheint der Beklagte im Termin nicht, so ist auch der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils zurückzuweisen, da der Gläubiger keinen Rechtsschutzanspruch auf Herbeiführung des Erfolgs hat[19]).

4. Erscheinen beide Parteien im Termin und bestreitet der Beklagte seine Verpflichtung zur Erfüllung, da überobligationsmäßige Schwierigkeit vorliege, so bestreitet er zwar nicht, daß der Anspruch des Klägers einmal rechtsgültig entstanden ist, leugnet also nicht den Klaggrund, sondern wendet eine Aufhebungstatsache — den nachträglichen Eintritt der Schwierigkeit — ein; darin liegt ein Einwand im technischen Sinne. An einer gesetzlichen ausdrücklichen Beweislastregel fehlt es. Den nachträglichen Eintritt der überobligationsmäßigen Schwierigkeit hat nach den jetzt durchaus herrschenden Grundsätzen[20]) der

---

[16]) Ganz klar scheint zich das RG. noch nicht entschieden zu haben: Einmal wird auf Grund von § 242 von Befreiung, also doch wohl einem Einwand, dann wieder — freilich mit den Worten des Revisionsklägers — von einer exceptio doli gesprochen. Dagegen neuestens RG. Bd. 95 S. 41, in der die nicht zumutbare Schwierigkeit als „Einwand" bezeichnet wird.

[17]) s. unten § 13.

[18]) So in überzeugender Darstellung schon Hartmann S. 199.

[19]) Ebenso im Ergebnis neuerdings Adler in DJZ. 1918 S. 535 Anm. 2, der eine von Amts wegen zu berücksichtigende exceptio doli generalis annimmt.

[20]) s. bei Leonhard, Beweislast § 113.

Schuldner zu beweisen. Da die Fälle der überobligationsmäßigen Schwierigkeit der Unmöglichkeit aber nahestehen, habe ich kein Bedenken, auch bei der Beweislast für die Vertretbarkeit der überobligationsmäßigen Schwierigkeit die ausdrückliche Regel des § 282 BGB. analog anzuwenden. Der Schuldner-Beklagte müßte daher beweisen, daß nachträglich ein als überobligationsmäßige Schwierigkeit zu bewertendes Hindernis eingetreten ist und er diesen Umstand nicht zu vertreten hat.

Es versteht sich aus dem Vorhergesagten von selbst, daß dem Schuldner außer der Beweislast auch die Behauptungslast obliegt; er muß die Tatsachen angeben, die seine Befreiung rechtfertigen. Hat der Richter keine besonderen Anhaltspunkte, anzunehmen, daß solche Tatsachen vorliegen, so ist er auch nicht verpflichtet, im Wege der Fragepflicht (§ 139 ZPO.) auf Aufklärung zu dringen. Ergeben sie sich aber aus dem Vortrag des Klägers, sind sie gerichtsbekannt oder werden sie vom Beklagten eingewandt, so unterliegt es der Entscheidung des Richters, ob aus diesen Tatsachen zu schließen ist, daß die Leistung dem Schuldner nicht zugemutet werden kann[21]).

§ 8.

III. Ergebnis.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen läßt sich dahin zusammenfassen:

A. Unmöglichkeit ist nur die „Notwendigkeit des Nichtgeschehens"; und zwar ist unmöglich,

1. was absolut genommen auf der ganzen Erde von niemandem mehr geleistet werden kann — die ganze Gattung ist untergegangen —,

2. was in dem für die Leistung nur in Frage kommenden Beschaffungsgebiet von niemandem mehr geleistet werden kann — in dem hermetisch abgeschlossenen und blockierten Land ist die Gattung nicht vorhanden und auch infolge der Absperrung tatsächlich von außen überhaupt nicht hereinzubekommen.

In beiden Fällen tritt Befreiung nach den Grundsätzen über die Unmöglichkeit (§§ 275 ff. BGB.) ein.

B. Unerschwinglichkeit ist anzunehmen, wenn die ganze Gattung zwar nicht aufgehört hat zu bestehen, sie aber nur mit ganz außergewöhnlichen Kosten und übernatürlichen Nachforschungen beschafft und geleistet werden könnte und es

[21]) So für die Unmöglichkeit Düringer-Hachenburg Bd. 2 Anm. 253.

nach den Grundsätzen der praktischen Vernunft widersinnig, nicht nur unbillig wäre, einen derartigen Aufwand dem Schuldner zuzumuten. In analoger Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit wird der Schuldner frei.

C. Überobligationsmäßige Schwierigkeit liegt vor, wenn die Leistung zwar an sich möglich ist, die nachträglich eintretenden Hindernisse aber derart erheblich sind, daß man dem Schuldner billigerweise ihre Überwindung nicht zumuten kann. Hier ist der Schuldner dann von der Verpflichtung auf Erfüllung frei, wenn er die nach dem Schuldverhältnis vorausgesetzte Kraftanstrengung aufgebracht hat, ohne zum Ziel zu kommen, oder wenn es von vorneherein feststeht, daß er auch unter Aufwendung dieser Kraftanstrengung nicht zum Ziel (der Erfüllung) kommen wird. Auf mehr als seine Kraftanstrengung haftet er nicht; hat er diese aufgebracht, so hat er das seinerseits Erforderliche (§§ 242, 157 BGB.) getan und ist von seiner Haftung frei. Geschuldet ist die Leistung freilich, so daß nach erbrachter Leistung eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausgeschlossen ist.

D. Nur obligationsmäßige Schwierigkeit ist anzunehmen, wenn ohne die Voraussetzung zu C solche Schwierigkeiten nachträglich eintreten, die zwar an sich erheblich, aber trotzdem dem Schuldner nach der Verkehrsanschauung zuzumuten sind.

1. Wäre freilich das Verlangen des Gläubiger nach Erfüllung ein Verstoß gegen die guten Sitten, so hat der Schuldner die Einrede aus § 826 BGB. (exceptio doli praesentis).

2. Ist ferner im Vertrag ausbedungen, daß für den Fall des Eintritts von Erschwerungen dem Schuldner ein Rücktrittsrecht zustehen soll (Kriegsklausel usw.), so hat der Schuldner ein vertragliches Leistungsverweigerungsrecht. Dies kann je nach der Abrede dauernd oder begrenzt sein.

Im Übrigen bleibt er dem Gläubiger auf die Erfüllung verhaftet. Leistet er dennoch nicht, so kommt er bei Verschulden in Verzug (§ 285 BGB.).

Zweiter Abschnitt.

Die Grenzen der Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfüllung.

§ 9.

Hat sich der erste Abschnitt mit der Frage beschäftigt, wie die Befreiung des Gattungsschuldners von seiner Verpflichtung zur Erfüllung durch nachträglich entstehende Hindernisse (Untergang der Gattung, Leistungserschwerungen usw.) rechtlich zu begründen ist, so soll im folgenden dargestellt werden, in welchen Fällen derartige Befreiungsgründe zugunsten des Schuldners vorliegen. Und zwar handelt es sich, wie bereits zu Beginn der Darlegung hervorgehoben ist, lediglich um die Frage nach der Haftung auf die Erfüllung. Ob und unter welchen Umständen der Gattungsschuldner an Stelle oder neben der Erfüllung zu anderen Leistungen verpflichtet wird (Schadensersatz usw.), scheidet aus der Untersuchung aus.

Je nach dem Gewicht der nachträglich eintretenden Veränderungsgründe gliedert sich die Darstellung in die schon angedeutete Stufenfolge:

A. Unmöglichkeit,
B. Unerschwinglichkeit,
C. überobligationsmäßige Schwierigkeit,
D. obligationsmäßige Schwierigkeit.

Doch darf, wie auch sonst hier mehrfach betont wird, diese Einteilung nicht schematisch angewandt werden; die Grenzen sind flüssig, die Einordnung des praktischen Falles nicht immer leicht.

I. Unmöglichkeit.

§ 10.

I. Allgemeines.

Grundlage für die Entscheidung, wie weit und wie lange der Gattungsschuldner seinem Gläubiger verhaftet bleibt, ist

§ 279 BGB. Nach ihm hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung noch möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

Hierher gehören nach richtiger Ansicht auch solche Fälle der Speziesschuld, in denen es sich um Verschaffungsverbindlichkeiten (Lieferung einer vom Schuldner noch anzuschaffenden Spezies) handelt, wenn das Unvermögen des Schuldners zur Leistung lediglich in unverschuldetem Geldmangel besteht[1]). Hier handelt es sich in Wahrheit nicht um eine Spezies-, sondern eine Gattungs-(Geld-)schuld. Der Schuldner bleibt daher nach wie vor zur Erfüllung verpflichtet.

Ist die Leistung aus der Gattung aber nicht möglich, so folgt e contrario aus §§ 279, 275 BGB. („soweit"), daß bezüglich der Verpflichtung auf Erfüllung Befreiung des Schuldners eintritt.

a) Objektive Unmöglichkeit liegt nun zunächst dann vor, wenn die ganze Gattung versprochen und untergegangen ist. Auch hier handelt es sich in Wirklichkeit nicht mehr um eine Gattungsschuld, da die ganze Gattung als Spezies geschuldet war[2]). Es findet daher die allgemeine Vorschrift über Speziesschulden (§ 275 BGB.) Anwendung, so daß der Schuldner frei wird.

Objektive Unmöglichkeit liegt auch dann vor, wenn eine Leistung aus der Gattung versprochen und die ganze Gattung untergegangen ist. Es handelte sich z. B. um Lieferung eines Metalls oder sonstigen Urprodukts, dessen Gewinnungsstellen oder Quellen auf dem ganzen Erdball abgebaut oder versiegt sind. Hier können rechtliche Zweifel nicht entstehen, daß der Anspruch auf Erfüllung ipso iure untergegangen ist, da die Leistung „aus der Gattung nicht mehr möglich" ist[3]).

b) Objektive, und zwar begrenzte objektive Unmöglichkeit liegt endlich dann vor, wenn die Gattung, aus der die Leistung versprochen ist, in dem Erfüllungsgebiet tatsächlich nicht vorhanden ist und, weil das Erfüllungsgebiet von außen vollständig — durch hermetische Blockade oder Naturereignisse (Sturmfluten usw.) — abgeschlossen ist, auch aus dem Auslande, in dem die Gattung noch vorhanden ist, tatsächlich nicht hereingebracht werden kann. Auch hier kann die Leistung im Erfüllungsland notwendig nicht erbracht werden.

---

[1]) vgl. das Beispiel bei Enneccerus § 269 Anm. 2.

[2]) So auch Kisch, Gattungsschuld S. 21 f., insbes. die Nachweisung Anm. 2 daselbst.

[3]) Kisch, Gattungsschuld S. 87; Oertmann im ArchBürgR. Bd. 12 S. 284.

Dagegen wird objektive Unmöglichkeit nicht durch Kriegsausbruch, lückenhafte Blockade, Streik, Beschlagnahme, Enteignung, Ein-, Durch- und Ausfuhrverbote usw. hervorgerufen. Diese Tatsachen der höheren Gewalt sind ohne Einfluß auf die Unmöglichkeit in dem hier vertretenen Sinne. Ob unter Umständen Unerschwinglichkeit oder überobligationsmäßige Schwierigkeit vorliegt, wird an den betreffenden Stellen erörtert werden[4]).

2. Bemerkenswert sind noch die Fälle der beschränkten Gattungsschuld[5]). Es wird z. B. Weizen einer bestimmten Ernte oder ein Fertigfabrikat aus einer bestimmten Fabrik geschuldet. Dann gelten dieselben Grundsätze wie bei der gewöhnlichen Gattungsschuld: Geht die betreffende Ernte unter, obwohl anderer Weizen noch zu bekommen wäre, oder brennt die Fabrik ab, so daß in absehbarer Zeit, die für die Erfüllung noch in Betracht käme, an eine Wiederherstellung der Fabrik nicht zu denken ist, obwohl aus anderen Fabriken jederzeit Lieferung der Fertigfabrikate erfolgen könnte, so ist der Schuldner frei, da aus der beschränkten Gattung — und nur auf sie kam es nach dem Vertragswillen an — nicht mehr geliefert werden kann[6]).

Bei dieser Entscheidung ist allerdings vorausgesetzt, daß nach Parteiwillen nur aus der beschränkten Gattung zu liefern war. Die bloße Tatsache, daß der Schuldner von der verkauften Ware nur eine beschränkte Menge auf Lager hat und diese Menge zum Verkauf bestimmt hat, ohne dies zum Ausdruck zu bringen, ist unerheblich, auch wenn diese beschränkte Gattungsmenge unverschuldet untergeht; es liegt hier vielmehr eine reine Gattungsschuld vor[7]). Ebenso sind lediglich unverbindliche Erklärungen, daß der Schuldner eine beschränkte Gattungsmenge an der Hand habe und daraus die geschuldete Gattungssache leisten wolle, nur dann erheblich, wenn sie vom Gläubiger als wesentlich angesehen und von beiden Parteien — wenn auch nur stillschweigend — zum Vertragsinhalt gemacht wurden[8]). Ob das zutrifft, ist nur im Einzelfalle unter Berücksichtigung der besonderen Umstände zu beurteilen.

---

[4]) unten § 12 bezw. § 13, 3a bb.
[5]) vgl. zum folgenden die Beispiele in RG. Bd. 57 S. 116; JW. 1918 S. 130.
[6]) So RG. in JW. 1918 S. 130.
[7]) RG. im Recht 1918 Nr. 349.
[8]) vgl. zur Abgrenzung von der Speziesschuld: RG. im Recht 1918 Nr. 1121 (Verkauf von Erzeugnissen der Landwirtschaft verliert nicht deshalb die Eigenschaft einer beschränkten Gattungsschuld, weil eine bestimmte Menge verkauft ist); ferner Kisch, Gattungsschuld S. 49 ff.

In erster Linie kommt es daher auf den ausdrücklich erklärten Parteiwillen an. Fehlt dieser, so können als Anhalt folgende Richtlinien dienen:

Der Umfang der Gattung, aus der zu liefern ist, wird nicht selten beim Erzeuger geringer sein als beim Händler. Von diesem wird in der Regel erwartet, daß er die Lieferung schlechthin ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Herstellungsgebiet versprochen hat; jener wird, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen, nur aus der beschränkten Gattung seiner Fabrik zu liefern verpflichtet sein[9]).

Es kommt ferner darauf an, ob beide Teile stillschweigend davon ausgehen, der Schuldner werde den Gegenstand seiner Leistung nur seinen eigenen Erzeugnissen entnehmen[10]).

In Zweifelsfällen wird man sich gegen eine beschränkte Gattungsschuld entscheiden müssen, so daß der Schuldner bei Untergang der beschränkten Menge weiterhin auf Lieferung der versprochenen Gattung verhaftet bleibt. Insbesondere ist der Schuldner, der sich darauf beruft, daß nur eine beschränkte Gattungsschuld vorliege, dafür beweispflichtig[11]).

§ 11.

3. Zeitliche Unmöglichkeit.

Bei quantitativ teilweiser Unmöglichkeit wird der Schuldner nur teilweise frei; soweit die Unmöglichkeit nicht reicht, bleibt er zur Erfüllung verpflichet.

Begründete Zweifel können entstehen, wenn die Leistung aus der Gattung nur zur Zeit objektiv unmöglich ist. Es entsteht dadurch nicht an sich eine dauernde Unmöglichkeit; der Satz: „einmal unmöglich — dauernd unmöglich“ ist in seiner schrankenlosen Anwendung unrichtig[1]).

---

[9]) RG. Bd. 88 S. 288, in Warn. 1917 S. 99 Nr. 73; OLG. Hamburg im Recht 1917 S. 592 Nr. 1136; Recht 1918 Nr. 489; LZ. 1918 S. 38 Nr. 4. Vgl. hierzu OLG. Hamburg in Rspr. Bd. 33 S. 208, wo ausgeführt wird, daß der Fabrikant, der eine beschränkte Gattung aus seiner Fabrik versprochen hatte, zum Aufbau der Fabrik nicht verpflichtet sei; in der Verpflichtung der Lieferung aus einer Fabrik liege nicht die Verpflichtung, nach Vernichtung der Fabrik eine neue herzustellen, um aus dieser liefern zu können.

[10]) OLG. Breslau in Rspr. Bd. 33 S. 212.

[11]) And. M. OLG. Hamburg im Recht 1917 S. 516 Nr. 247: Wer von einer Fabrik bezieht, erwarte im Zweifel, daß die Ware dort angefertigt und nicht von dritter Hand beschafft werde; wer den weiteren Umfang behauptet, müsse dies beweisen.

[1]) vgl. Krückmann in LZ. 1916 S. 713f. und die dort angeführte Rechtsprechung.

I. Bei der zeitlichen Unmöglichkeit sind vielmehr zwei Alternativen zu unterscheiden:

a) Es steht fest, daß späterhin wieder aus der Gattung geleistet werden kann.

b) Es ist ungewiß, ob später geliefert werden kann.

Der dritte Fall, daß auch für später mit Sicherheit feststeht, daß die Leistung objektiv unmöglich sein wird, bietet keine Besonderheit, da dann von vorneherein dauernde Unmöglichkeit vorliegt.

a) Es steht mit Sicherheit fest, daß später wieder aus der Gattung geliefert werden kann. Es ist z. B. Lieferung eines nach einem bestimmten Verfahren in einer bestimmten Fabrik hergestellten Produkts versprochen; die Fabrik brennt ab, nach einiger Zeit wird sie wieder aufgebaut und der Betrieb eröffnet. Ich wähle absichtlich ein Beispiel aus der beschränkten Gattungsschuld, weil in der Regel nur bei ihr die zeitliche Unmöglichkeit wirklich objektiv in dem oben [2]) angedeuteten Sinne sein kann. Bei der gewöhnlichen Gattungsschuld dagegen ist die Unmöglichkeit vielmehr nur dann eine zeitliche, wenn die ganze Gattung nicht existiert, ihr Neuentstehen aber sicher ist (ein sehr seltener Fall); sonst ist sie nur eine zeitliche Unerschwinglichkeit oder zeitliche überobligationsmäßige Schwierigkeit, von der unten zu handeln sein wird. Hierunter fallen auch die meisten Fälle der Befreiung wegen Kriegsausbruchs, Streiks, Blockade usw.

Bei den angegebenen Fällen der zeitlichen objektiven Unmöglichkeit kommt es darauf an, ob die Leistung nach Beseitigung der Unmöglichkeit — Wiedereröffnung des Betriebes — im Sinne des ursprünglichen Vertrags noch Erfüllungswirkung hat [3]). Die Entscheidung hängt davon ab, wie lange die zeitliche Unmöglichkeit dauert, ob der Gläubiger — denn auch in seinem Interesse kann die Befreiung des Schuldners wirken, da er wissen muß, ob er sich anderweit einzudecken verpflichtet ist — nach den Umständen des Falles die Leistung nach Ablauf der Zeit noch als Erfüllung gelten lassen muß.

Im einzelnen sind hierbei in erster Linie die vertraglichen Abreden, sowohl die ursprünglichen („Höhere Gewalt soll die Leistung aufschieben" usw.) als auch die später mit Rücksicht auf den eingetretenen Grund der zeitlichen Unmöglichkeit getroffenen, unter beiden nicht nur die ausdrücklichen, sondern auch die stillschweigenden zu berücksichtigen. Als stillschweigend

---

[2]) § 5 Anm. 11—13 der Darst.

[3]) Krückmann, Unmöglichkeit S. 99; Kisch S. 19.

ist auch eine Vereinbarung dahin anzusehen, daß beide Teile bei Vertragsabschluß eine bestimmte Art der Leistung gewollt und erwartet haben[4]), oder daß sie der Erfüllungszeit so wesentliche Bedeutung beigelegt haben (ohne daß es sich gerade um ein Fixgeschäft des § 361 BGB. zu handeln braucht), daß sie die Erfüllung nach Ablauf dieser Zeit subjektiv nicht mehr als Erfüllung des Vertrages ansehen würden[5]).

In zweiter Linie kommt es auf das Interesse der Parteien an dem Zeitpunkt der Lieferung an. Würde durch die Hinausschiebung der Leistung bis nach Behebung der zeitlichen Unmöglichkeit die wirtschaftliche Bedeutung und der Inhalt der Leistung sich objektiv wesentlich ändern, die vertragsmäßige Leistung also eine ganz andere[6]) werden, so ist die zeitliche Unmöglichkeit in Wirklichkeit eine dauernde und befreit den Schuldner von seiner Erfüllungsverpflichtung; die ursprünglich geschuldete Leistung ist objektiv unmöglich geworden, die später möglich werdende Leistung ist nicht geschuldet[7]).

Eine Ausnahme muß auch hier gelten: Haben die Parteien vereinbart, daß, trotzdem die Leistung durch spätere Erfüllung objektiv eine andere würde, die Lieferung unter allen Umständen erfolgen solle — dieser Wille muß aber erkennbar zum Ausdruck kommen[8]) —, so bleibt die Verpflichtung des Schuldners zur Erfüllung bestehen. Man spricht hier von Nachlieferungspflicht[9]).

Treffen die Voraussetzungen nicht zu, daß sich der vertragliche Leistungsinhalt vollständig ändern würde, so muß der Gläubiger die Leistung auch nach der Hebung der zeitlichen Unmöglichkeit noch mit Erfüllungswirkung gelten lassen und

---

[4]) RG. in JW. 1918 S. 131; OLG. Naumburg in Rspr. Bd. 12 S. 251 (Transport zu Wasser war vorausgesetzt, die Elbschiffahrt wird eingestellt). Hatte nur der Schuldner eine bestimmte Erfüllungsart (Ankommen der Ware mit einem bestimmten Dampfer) erwartet, so wird er nicht befreit: OLG. Hamburg Rspr. Bd. 36 S. 7.

[5]) RG. in Warn. 1916 S. 353 Nr. 221; JW. 1917 S. 42 Nr. 9.

[6]) RG. Bd. 42 S. 144; OLG. Hamburg im Recht 1917 S. 120 Nr. 213; RG. in Warn. 1918 Nr. 85.

[7]) Man könnte hier auch von überobligationsmäßiger Schwierigkeit in bezug auf die Zeit reden. Schon die aus Anlaß des Krieges 1870/71 ergangenen Entscheidungen des Pariser Appellhofs (zitiert bei Hartmann S. 255 ff. Anm. 17/18) befreien den Schuldner, wenn in dem vorliegenden Tatbestand die spätere Erfüllung nicht erfolgen könnte, ohne daß sich dadurch die vertragliche Leistung ändern würde (Sans créér un nouveau contrat).

[8]) RG. in DJZ. 1919 S. 511 (er kann sich aus der Gesamtheit der Umstände ergeben).

[9]) RG. in Warn. 1918 S. 131; JW. 1918 S. 33; RG. Bd. 93 S. 343; JW. 1917 S. 899; Recht 1917 S. 366 Nr. 715, S. 518 Nr. 957.

der Schuldner auch nach dieser Zeit noch leisten. Es liegt in Wahrheit keine Unmöglichkeit, auch keine zeitliche vor, die Erfüllung wird nur im Interesse des Schuldners um die Zeit der Behinderung hinausgeschoben[10]). Die Befreiung des Schuldners ist dann nur eine teilweise, nur in bezug auf die Zeit.

Die Feststellung im Einzelfalle ist schwierig und kann nur unter Berücksichtigung aller einzelnen Tatumstände erfolgen[11]). Die gesetzliche Grundlage für die Entscheidung ist auch hier der § 275 BGB.: Der Schuldner wird frei, soweit die Leistung unmöglich wird; ist die Leistung nur zurzeit unmöglich, so wird er auch nur insoweit befreit und bleibt im übrigen, d. h. für die Zeit nach Behebung der Unmöglichkeit noch auf die Erfüllung verhaftet.

b) Es ist ungewiß, ob die Leistung später wieder möglich werden wird; zurzeit ist sie aber objektiv unmöglich. Hier kann es sein, daß die Unmöglichkeit später wegfällt, sie kann auch dauernd bleiben: Die Fabrik brennt ab oder wird zerstört (z. B. in dem russischen Einfallgebiet Ostpreußens), ihre Neuerrichtung und Wiedereröffnung ist durchaus ungewiß sowohl bezüglich der Frage, ob sie überhaupt, als auch wann sie wiedereröffnet werden wird. Der Zustand der Ungewißheit ist weder für den Gläubiger noch für den Schuldner von Vorteil; er wird in der Regel auf die Entschlüsse beider lähmend einwirken. Im Interesse der Lebendigkeit des Verkehrs ist es daher durchaus am Platze, wenn der Zustand der Ungewißheit einer klaren Entscheidung zugeführt wird; und diese kann, wenn über die spätere Lieferungsmöglichkeit Ungewißheit besteht und ein weiteres Verpflichtetbleiben dem Schuldner unter diesen Umständen nicht zugemutet werden kann, nur mit dem Inhalt gefällt werden, daß sofortige Befreiung zugunsten beider Teile eintritt. In diesem Falle ist eben die zeitliche Unmöglichkeit von vorneherein eine dauernde[12]) und insofern der Satz: „einmal unmöglich — dauernd unmöglich“ zutreffend[13]). „Nur wenn der

---

[10]) Pariser Appellhof bei Hartmann a. a. O. („suspension“).

[11]) Die Rechtsprechung hat geschwankt. Für Nachlieferung: OLG. Hamm in JW. 1916 S. 1547 Nr. 5; OLG. Hamburg im Recht 1917 S. 120 Nr. 213; DJZ. 1917 S. 690; OLG. Karlsruhe in DJZ. 1917 S. 691; OLG. Dresden in JW. 1917 S. 668 Nr. 3. Für endgültige Befreiung: RG. Bd. 42 S. 144, Bd. 88 S. 74, Bd. 90 S. 104, Bd. 92 S. 88, Bd. 93 S. 341; Warn. 1918 Nr. 134, 85, 87, 88, 123; Recht 1918 S. 150 Nr. 298, S. 192 Nr. 400, S. 309 Nr. 652 u. a. m.

[12]) Auch hier grenzt der Fall an die überobligationsmäßige Schwierigkeit, s. unten § 14.

[13]) So auch Krückmann, Unmöglichkeit S. 81; LZ. 1916 S. 713 ff.; Kisch S. 24, der die Unmöglichkeit dann eine dauernde nennt, wenn sich

Wegfall der zeitlichen Behinderung im Verlaufe der Erfüllungszeit nicht außer der vernünftigen Berechnung liegt“ [14]), dann bleibt der Schuldner zur späteren Leistung (Nachlieferung) verpflichtet.

II. Die Beweislast bei zeitlicher Unmöglichkeit.

Ist streitig, ob zeitliche oder dauernde Unmöglichkeit vorliegt, so kommt es auf den Antrag des Klägers an.

1. Beantragt er Verurteilung auf sofortige Leistung, so ist das Bestreiten des Schuldners, er brauche erst nach Behebung der Unmöglichkeit zu leisten, ein Leugnen des Klaggrundes. Der Kläger hat daher zu beweisen, daß die sofortige Behebbarkeit möglich ist; andernfalls muß er seinen Klagantrag auf Verurteilung zur Leistung nach Behebung der Unmöglichkeit ändern.

2. Der Kläger beantragt Verurteilung auf Leistung nach Behebung der Unmöglichkeit. Stützt sich dann der Beklagte darauf, daß eine Behebung nie möglich sei, so macht er eine dauernde Rechtshinderungstatsache geltend und hat dies nach den allgemeinen Regeln darzutun [15]).

II. Unerschwinglichkeit.

§ 12.

Die für die Unmöglichkeit aufgestellten Grundsätze gelten entsprechend auch für die Unerschwinglichkeit. Diese ist nur ein geringerer Grad der Unmöglichkeit. Befreiung des Gattungsschuldners tritt nicht nur ein, wenn die Leistung naturwissenschaftlich logisch unmöglich ist, sondern auch, wenn sie unerschwinglich, d. h. nach der Logik des rechtlichen Denkens — im Gegensatz zur Billigkeit des rechtlichen Denkens — unmöglich ist [1]); mit anderen Worten, wenn zwar die Erfüllung an sich noch denkbar ist, es aber widersinnig wäre, dem Schuldner die ganz außerordentlichen unverhältnismäßigen Opfer und Aufwendungen zuzumuten.

Zur Befreiung des Schuldners genügt, daß die Gattung nicht mehr aufzufinden ist; es ist nicht erforderlich, daß mit Bestimmt-

---

ihr rechtzeitiger Wegfall nicht absehen läßt. Ferner RG. Bd. 5 S. 279, Bd. 42 S. 114; SeuffArch. Bd. 45 Nr. 176, Bd. 57 Nr. 236; JW. 1907 S. 159; DJZ. 1919 S. 98. Dagegen Schroeder S. 72, der während des Zustandes der Ungewißheit den Schuldner weiter verpflichtet sein läßt und ihn erst befreit, wenn Gewißheit über die Unmöglichkeit eingetreten ist.

[14]) KG. in Rspr. Bd. 33 S. 221 (Arbeit zu einem Neubau in Rußland, die durch den Krieg unterbrochen wurde; infolge Ungewißheit über die spätere Leistungsmöglichkeit tritt Befreiung ein).

[15]) Übereinstimmend Krückmann, Unmöglichkeit S. 87.

[1]) vgl. die Ausführungen und das Beispiel oben § 3 I 2.

heit feststeht, daß sie nicht mehr existiert; es muß vielmehr ausreichen, daß niemand, der im Verkehrsleben steht, von ihrer Existenz Kenntnis hat, mag sie vielleicht auch irgendwo noch vorhanden sein[2]). Ist allgemein, d. h. auf dem ganzen Erdball die betreffende Ware aus dem Verkehr verschwunden, so kann man dem Schuldner nicht zumuten, besondere Nachforschungen danach anzustellen und besondere Kosten dafür aufzuwenden, um festzustellen, ob doch nicht irgendwo noch in Ländern, die bisher für den Verkehr der betreffenden Gattung überhaupt nicht in Betracht kamen, einige Stücke der Gattung vorhanden sind.

Im übrigen gelten bei Unerschwinglichkeit für die beschränkte Gattungsschuld und die zeitliche Unerschwinglichkeit dieselben Grundsätze, wie sie ausführlich für die objektive Unmöglichkeit dargelegt sind[3]).

Auch für die oben[4]) erwähnten Fälle der höheren Gewalt (Streik, Kriegsausbruch, Blockade, Beschlagnahme, Enteignung, Ein-, Durch- und Ausfuhrverbot) sind die gleichen Regeln maßgebend. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, daß diese Tatsachen allein keine Unerschwinglichkeit hervorrufen[5]). Damit Unerschwinglichkeit eintrete, muß zu der Tatsache der höheren Gewalt die weitere Tatsache hinzukommen, daß der Leistungsgegenstand so aus dem Verkehr verschwunden ist, daß er nur unter Aufwendung ganz außergewöhnlicher Kosten und übermenschlicher Nachforschungen, die kein vernünftiger Mensch vom Schuldner verlangen würde, erreichbar ist.

Im übrigen wird es sich aber auch hier meist nur um überobligationsmäßige Schwierigkeit handeln[6]).

III. Überobligationsmäßige Schwierigkeit.

§ 13.

1. Soweit es sich um Gattungsschulden handelt — und nur diese stehen hier zur Erörterung —, werden die bisher behandelten Fälle der Unmöglichkeit und Unerschwinglichkeit im Verkehrsleben nicht die Bedeutung haben, die ihnen auf den

---

[2]) Für Speziesschulden verneint OLG. in Dresden Rspr. Bd. 36 S. 6 das Vorliegen von objektiver Unmöglichkeit, wenn dem Schuldner die geschuldete Sache abhanden kam. Ist sie nicht auffindbar, so wäre aber nach der hier vertretenen Meinung Unerschwinglichkeit anzunehmen.

[3]) oben §§ 10, 11.

[4]) § 10, 1 am Ende.

[5]) RG. im Recht 1916 S. 459 Nr. 901 f.; JW. 1916 S. 1333.

[6]) Darüber unten § 13, 3 a bb.

ersten Blick zuzukommen scheint. Nur bei beschränkten Gattungsschulden wird der Fall der Unmöglichkeit oder der Unerschwinglichkeit öfters vorkommen. Bei gewöhnlichen Gattungsschulden ist dagegen sowohl die reine Unmöglichkeit als auch die Unerschwinglichkeit selten; vielmehr wird es sich hierbei zumeist um eine überobligationsmäßige Schwierigkeit handeln. Ihr ist denn auch namentlich mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Entwicklung in den Kriegsjahren eine entscheidende Bedeutung zugefallen [1]).

Wann liegt nun überobligationsmäßige Schwierigkeit vor? Es ist bereits oben [2]) darauf hingewiesen worden, daß die Schwierigkeit dann über das obligationsmäßige Maß hinausgeht, wenn zu ihrer Überwindung die vom Schuldner billigerweise zu fordernde Kraftanstrengung überschritten werden müßte. Nicht die tatsächlich aufgewandte, sondern die zu fordernde Kraftanstrengung entscheidet also. Wie groß diese Kraftanstrengung ist, kann nicht allgemein entschieden werden; sie wird bei jedem Schuldverhältnis verschieden sein. Beim Kauf wird sie z. B. größer sein müssen als bei der Schenkung [3]) oder beim Gattungsvermächtnis. Als Grundsatz muß aber festgestellt werden, daß es in erster Linie darauf ankommt, ob der Schuldner mit der Möglichkeit rechnen mußte, außerordentliche Opfer zu erbringen [4]).

Die Größe der Kraftanstrengung ist nach § 242 BGB. zu bemessen. Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden und heute auch wohl unbestritten, daß diese Vorschrift nicht nur zugunsten des Gläubigers, sondern auch zugunsten des Schuldners auszulegen ist. Es soll an Hand dieser Bestimmung nicht nur die Grenze der Leistungspflicht des Schuldners nach unten — im Interesse des Gläubigers —, sondern auch nach oben — im Interesse des Schuldners — ermessen und vom Richter festgestellt werden; was dazwischen liegt [5]), ist das Maß der Kraftanstrengung, das vom Schuldner gefordert werden kann, aber auch als ausreichend angesehen werden muß.

---

[1]) vgl. die grundlegende RGE. Bd. 57 S. 116, die freilich theoretisch auf dem Standpunkt der relativen Unmöglichkeitslehre steht, praktisch aber mit der hier vertretenen Auffassung zum selben Ergebnis führt. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes kann auch die ganze in der Folge ergangene Rechtsprechung des RG. unbedenklich für die hier verfochtene Meinung verwertet werden.

[2]) § 3.

[3]) So schon Ubbelohde im ArchZivPrax. Bd. 85 S. 121.

[4]) Übereinstimmend Rabel S. 63; Titze S. 7; Binder in ZHR. Bd. 52 S. 601.

[5]) vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen Schneiders § 19 („die Mittellinie zwischen dem beiderseitigen Interesse").

2. Allgemein erscheint eine Leistung zunächst dann als überobligationsmäßig, wenn die Erfüllung nur unter Konflikt mit Rücksichten des öffentlichen Interesses oder höheren sittlichen Pflichten und unter Gefahren für Leben und Gesundheit erfolgen könnte[6]). Diese Fälle treffen in der Regel nur bei Speziesschulden zu; doch ist nicht einzusehen, daß sie grundsätzlich nicht auch bei Gattungsschulden, namentlich bei beschränkten vorkommen können; so kann z. B. vom Schuldner nicht verlangt werden, daß er sich eine Ware, die er im blockierten Land zu liefern hatte, die dort aber aus dem Verkehr getreten war, aus dem blockierenden Land mit Lebensgefahr unter Durchbrechung der Absperrungsmaßregeln verschaffe.

Ein weiterer allgemeiner Grund zur Befreiung wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit liegt darin, daß die eingetretene Schwierigkeit ihren Grund nicht in der Gattungsmäßigkeit der Sache, sondern in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners hat. Der Betrieb des Schuldners ist z. B. derart, daß er ganz auf seinen eignen Schultern ruht und von einem Dritten (seiner Ehefrau oder einem gehobenen Angestellten) in seiner Abwesenheit nicht geleitet werden kann; nun wird der Schuldner schwer krank, zum Heere eingezogen, sein Geschäft wird ihm zwangsweise geschlossen. Hier muß, auch wenn es sich um Gattungsschulden handelt, der Schuldner von seiner Verpflichtung befreit werden. Die Leistung ist zwar nicht objektiv unmöglich, die vom Schuldner vorausgesetzte Kraftanstrengung kann aber im vorliegenden Falle nicht zur Erfüllung führen. Die Anwendung des § 279 muß hier ausgeschlossen sein; denn das Unvermögen des Schuldners ist kein gattungsmäßiges, sondern ein persönliches, das unter Anwendung von § 242 befreit[7]).

3. Bei den besonderen Gründen, die eine Befreiung aus überobligationsmäßiger Schwierigkeit rechtfertigen, sind zwei Gruppen von Gattungsschulden zu unterscheiden:

a) Es handelte sich um eine sogen. Verschaffungsverpflichtung des Schuldners; dieser hatte die Ware bei Vertragsabschluß selbst noch nicht in seiner Verfügungsmacht, sondern mußte sie sich erst von einem Dritten beschaffen, um sie an den Gläubiger liefern zu können. Folgende typische Fälle sind möglich.

aa) Die Gattung ist zur Erfüllungszeit nur noch in einzelnen seltenen Stücken vorhanden[8]) und deren Beschaffung nur mit

---

[6]) Ebenso Kisch S. 13; Rabel S. 63; Enneccerus § 268, 2.

[7]) Ebenso Brecht S. 239; Crome Bd. 2 § 158; Enneccerus § 192I; Oertmann S. 100; Saenger S. 217.

[8]) Deren Anzahl muß freilich die geschuldete Menge übersteigen; andern-

ungewöhnlichen Mitteln erreichbar[9]). Die Entscheidung, ob der Schuldner von seiner Verpflichtung zur Erfüllung befreit wird, hängt davon ab, ob er die Schwierigkeit der Beschaffung zur Erfüllungszeit schon bei Eingehung der Verpflichtung erkennen mußte oder nicht.

Konnte er sie erkennen, dann ging seine Kraftanstrengung nach billiger Vertragsauslegung dahin, daß er auch den Mehraufwand zu tragen hätte; er übernahm bewußt das Risiko[10]) der Konjunktur, wie man im Verkehrsleben zu sagen pflegt. Er bliebe dem Gläubiger gegenüber auch zur Erfüllung zu erhöhten Anschaffungskosten oder Aufwendungen verpflichtet; die Schwierigkeit ist eine obligationsmäßige.

Konnte er dagegen bei Vertragsabschluß nicht erkennen, daß die Gattung zur Erfüllungszeit bis auf wenige, nur mit ungewöhnlichen Mitteln zu beschaffende Stücke verschwinden würde, so geht seine Kraftanstrengung nur so weit, als es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte üblich ist. Müßte er mehr als das aufwenden, so wird er frei. Was übliche Verkehrssitte ist, unterliegt dem Wandel der Zeitanschauungen. Für die Kriegsverhältnisse hat das Reichsgericht den treffenden wenn auch sehr angefochtenen Satz geprägt, daß im Großhandel der Verkäufer durch kein noch so außerordentliches Steigen des Preises befreit wird, solange die Ware einen Marktpreis hat und demgemäß im Handel zu bekommen ist[11]).

Im vorliegenden Falle, wenn die Gattung zur Erfüllungszeit in einzelnen seltenen Stücken vorhanden ist, wird man nicht sagen können, daß die Gattung noch auf dem Markt gehandelt wird, und daher auch von keinem Marktpreis sprechen können. Der Schuldner wäre daher befreit[12]).

bb) Die Gattung ist zur Erfüllungszeit wohl noch in ausreichender Menge vorhanden, aber infolge unvorhergesehener

---

falls liegt zum Teil — bis zur Höhe der noch vorhandenen Menge — überobligationsmäßige Schwierigkeit, darüber hinaus aber objektive Unmöglichkeit vor.

[9]) Beispiel aus Eck S. 261, der aber die hier gemachte Unterscheidung nicht trifft und offenbar ohne Einschränkung befreien will.

[10]) Ich vermeide absichtlich den Ausdruck „Gefahr", weil er im juristischen Sinne nur in Verbindung mit dem Anspruch auf die Gegenleistung verwendet werden sollte.

[11]) vgl. RG. Bd. 88 S. 174, Bd. 92 S. 322; im Recht 1916 S. 349 Nr. 579, ferner in JW. 1916 S. 830 Nr. 3. Gegen die äußersten Konsequenzen: Hachenburg daselbst (vgl. hierzu die Ausführungen unten § 16 Anm. 2). Näheres über diese Entscheidung und ihre Bekämpfung unter cc dieses Paragraphen.

[12]) Ebenso RG. im Recht 1918 S. 193 Nr. 402.

Ereignisse (Kriegsausbruch, Kriegsende, Streik, Blockade, Beschlagnahme, Enteignung, Ein-, Durch- und Ausfuhrverbot, Höchstpreisfestsetzung) vollständig vom Markt verschwunden; ein Erwerb ist nur aus zweiter Hand mit durchaus schwankenden, zum Teil phantastischen Preisen möglich.

Hat z. B. ein Verkäufer von seinem Lager eine bestimmte Menge einer Gattungsware verkauft und wird ihm sein Lager später beschlagnahmt[13]), so ist ihm jede Verfügung über dieses Lager verboten; eine dem Verbot zuwiderlaufende Lieferung aus dem Lager an den Käufer wäre eine nach § 134 BGB. nichtige Verfügung; der Käufer könnte demnach an dem aus dem Lager gelieferten Gegenstand kein Eigentum erwerben. Dasselbe muß gelten, wenn eine nur in Deutschland erzeugte Ware zu liefern war, sämtliche Warenbestände im Inland aber beschlagnahmt wurden.

Die dingliche Seite erscheint zweifelsfrei. Dagegen gibt die Beurteilung der Fortdauer der obligatorischen Beziehungen zu Bedenken Anlaß. Da der Käufer an den aus dem beschlagnahmten Lager gelieferten Waren kein Eigentum erwerben kann, so ist die Verpflichtung des Verkäufers auf Eigentumsübertragung nicht erfüllt. Es ist schon darauf hingewiesen[14]), daß er nicht wegen Unmöglichkeit der Leistung befreit wird. Die bloße Tatsache der Beschlagnahme usw. ruft noch keine Unmöglichkeit hervor[15]). Vielmehr bleibt die Leistung vorläufig möglich, die dingliche Verfügung ist nur gesetzwidrig und daher nichtig[16]).

Kommt aber zu der Beschlagnahme noch die weitere Tatsache hinzu, daß infolgedessen die Gattung vom Markt verschwindet und überhaupt nicht oder nur zu außergewöhnlichen Preisen zu haben ist — sämtliche Lieferungen gehen an die Heeresverwaltungen, die aus dem Ausland zu beziehende Ware bleibt im Ausland —, so liegt hierin unter Umständen eine überobligationsmäßige Schwierigkeit[17]).

---

[13]) Im folgenden wird nur die Beschlagnahme erwähnt; die Ausführungen gelten sinngemäß auch für die Enteignung usw. Vgl. RG. in JW. 1911 S. 94 Nr. 15; LZ. 1916 S. 565 Nr. 11, S 830 Nr. 8.

[14]) oben § 10, 1.

[15]) RG. im Recht 1916 S. 459 Nr. 901 f.; JW. 1916 S. 1333. Vgl. dazu die Entscheidung des Pariser Appellhofes (zitiert bei Hartmann S. 255 f. Anm. 17/18), die ebenfalls schon Unmöglichkeit bei Kriegsbeschlagnahme ablehnt („sans la rendre impossible) und unter Umständen bloßen Aufschub annimmt.

[16]) Für die scharfe Trennung von Unmöglichem und Verbotenem setzt sich u. a. auch Fischer S. 63 ein.

[17]) KG. in JW. 1915 S. 1271; RG. Bd. 92 S. 34.

Es ist daher nicht richtig, wenn die Beschlagnahme schlechthin zum Befreiungsgrund erklärt wird: Befreiung wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit tritt vielmehr nur dann ein, wenn zur Beschlagnahme usw. noch weitere Umstände hinzukommen, die auch sonst eine überobligationsmäßige Schwierigkeit begründen würden [18]). Maßgebend für die Beurteilung sind daher in letzter Linie nur die infolge der Beschlagnahme eintretenden weiteren Umstände.

Ist infolge der Beschlagnahme die Beschaffung der Ware fraglich, da im Verkehr nicht mehr von einem marktgängigen Preis gesprochen werden kann [19]), so tritt Befreiung ein; nicht aber, wenn sich infolge der Beschlagnahme die Beschaffung bloß schwierig und kostspielig gestaltet. Der Schuldner ist sowohl zu umfassenderer Nachfrage [20]) als auch zur Bezahlung höherer Anschaffungskosten verpflichtet.

Können bei einer Beschlagnahmeverfügung Freigabescheine erwirkt werden, so fällt es in das Maß der Kraftanstrengung des Schuldners, daß er für deren Erlangung mitwirkt [21]). Hat dagegen nach der Abrede oder dem Handelsgebrauch nur der Gläubiger für die Freigabe zu sorgen, so wird der Schuldner frei, wenn die Freigabe nicht erfolgt [22]).

Ist das zur Herstellung einer Ware erforderliche Rohmaterial beschlagnahmt, aber ohne außergewöhnliche Schwierigkeiten und Kosten ein Ersatzmaterial zu beschaffen, mit dessen Verwendung die herzustellende Ware immer noch als vertragsgemäß anzusehen wäre, so bleibt der Schuldner zur Herstellung aus diesem Stoffe verpflichtet [23]).

Hat jemand eine Ware verkauft, die er nicht im Besitz hatte, so kann er sich zu seiner Befreiung nicht darauf berufen, daß sein Lieferant die Ware wegen Höchstpreisfestsetzung nicht mehr abgibt [24]).

Ist dagegen die Anschaffung der vertragsmäßigen Ware „nur mit Mitteln möglich, mit denen im Verkehr nicht gerechnet wird“ [25]), so ist der Schuldner wegen Überschreitung der ver-

[18]) Über die Besonderheit der vereinbarten Beschlagnahmeklausel, bei der es auf die weiteren Umstände nicht ankommt, s. unten § 15, 2.

[19]) RG. in Warn. 1917 S. 246.

[20]) RG. Bd. 57 S. 116.

[21]) RG. in Warn. 1918 Nr. 109.

[22]) RG. im Recht 1918 S. 193 Nr. 404. Vgl. für die Frage der Verpflichtung zur Befreiung vom Durchfuhrverbot OLG Hamburg in Rspr. Bd. 34 S. 22.

[23]) OLG. Dresden im SächsArch. 1918 S. 172 (bei genau spezialisierter Warengattung eingeschränkt durch OLG. Dresden in JW. 1917 S. 978).

[24]) RG. Bd. 93 S. 17; DJZ. 1918 S. 258; LZ. 1918 S. 759; Recht 1918 S. 152 Nr. 307.

[25]) RG. in JW. 1917 S. 764.

traglich vorausgesetzten Kraftanstrengung gemäß § 242 BGB. von seiner Haftung auf die Erfüllung befreit[26]).

Hierher gehört auch der Fall der Vereinbarung einer Zahlung in Gold (Goldklausel). Dieses ist heute in Deutschland als Münze vollständig aus dem Verkehr verschwunden. Unmöglich ist die Leistung aber nicht, da man im Auslande noch Münzen, im Inland bei Juwelieren noch Schmuck, den man einschmelzen könnte, kaufen kann, freilich nur zu außergewöhnlichen Preisen, mit denen bei Vertragsabschluß niemand im Verkehr rechnete. Man wird hier billigerweise vom Schuldner nicht verlangen können, daß er seine Schuld in Gold bezahle. Er wird von dieser Verpflichtung wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit befreit. Und zwar beruht die Überschreitung der vertraglich vorausgesetzten Kraftanstrengung überwiegend nicht in der unerwarteten Preissteigerung von Gold, sondern darin, daß die Goldmünzen aus dem Inlandsverkehr verschwunden sind. Man kann nicht sagen, aus der reinen Geldschuld sei eine Gattungsschuld (Leistung von Gold schlechthin) geworden; dies würde den Vertragsinhalt ändern. Vielmehr ist bei einer vereinbarten Goldklausel immer vorausgesetzt, daß Goldmünzen im normalen Verkehr zu beschaffen sind. Trifft dies nicht mehr zu, so steht fest, daß der Schuldner seine vertraglich vorausgesetzte Kraftanstrengung nicht erfüllen kann; er bleibt daher nur verpflichtet, seine Schuld in anderen verkehrsüblichen, gesetzlich nunmehr dem Gold gleichgestellten Zahlungsmitteln zu tilgen[27]).

cc) Durch die unvorhergesehenen Ereignisse ist zwar die Gattung nicht vom Markt verschwunden; aber der Preis, zu dem der Schuldner anschaffen muß, hat sich gegenüber dem zwischen dem Gläubiger und Schuldner vereinbarten Preis wesentlich verändert. Hier muß der Satz gelten, der auch in der erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts[28]) seinen Niederschlag gefunden hat, daß der Schuldner so lange zur Erfüllung verpflichtet bleibt, als er die verkaufte Gattung in ordnungsmäßigem Geschäftsverkehr beschaffen kann[29]). Diese Entscheidung, die zu der äußersten Folgerung kommt, daß im Großhandel kein noch so hohes Steigen der Preise den Schuldner von seiner Lieferpflicht befreie, solange die Ware einen Marktpreis habe, hat in der Literatur und Praxis scharfe Kritik gefunden[30]) und ist noch nicht allgemein anerkannt.

---

[26]) So für Blockade RG. Bd. 88 S. 37.
[27]) Ebenso Saenger S. 218.
[28]) RG. Bd. 88 S. 174.
[29]) So bereits zu Beginn des Krieges Neukamp in LZ. 1914 S. 1825.
[30]) Hachenburg in JW. 1916 S. 831; DJZ. 1916 S. 695; OLG. Hamburg

Die Gegner des Reichsgerichts, deren Meinung jetzt noch als herrschend zu bezeichnen ist, stützen sich vor allem auf den früher vom Reichsgericht[31]) ausgesprochenen Grundsatz, der Unmöglichkeit sei eine solche Erschwerung gleichzustellen, deren Überwindung man dem Schuldner billigerweise nicht zumuten könne. Sie gehen von dem Gedanken aus, wenn die Preise eine gewisse — im Einzelfall natürlich verschiedene — Höhe erreicht hätten, sei die Leistung dem Schuldner nicht mehr zuzumuten.

Es wird einmal[32]) auf die ungleiche Behandlung hingewiesen, die das Reichsgericht den Verträgen mit und ohne Auflösungs-(Kriegs-)klausel zukommen lasse. Bei solchen mit vereinbarter Klausel befreie das Reichsgericht den Schuldner schon bei wesentlich störendem Einfluß, bei Verträgen ohne Klausel dagegen lasse es den Schuldner ohne jede Rücksicht auf die Preissteigerung verhaftet; ob aber der Schuldner eine solche Klausel vereinbart habe, sei oft reiner Zufall; bei manchen Geschäftszweigen sei sie üblich gewesen, bei anderen nicht; die ungleiche Behandlung erscheine durch nichts gerechtfertigt. Darauf ist zu entgegnen, daß dieser Zufall, ob eine Vertragsbestimmung über die Klausel im einzelnen Falle in den Vertrag aufgenommen wird, sehr häufig ist: man denke an die vielen Miet- und Versicherungsverträge usw. bezüglich ähnlicher Bestimmungen. Verträge werden ja in der Regel um so ausführlicher gemacht, je mehr von vornherein die Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit späterer Reibungsflächen ins Auge gefaßt worden ist. Es ist nicht einzusehen, warum der vorsichtig abwägende und vorausschauende Vertragsteil nicht besser gestellt sein soll als der vertrauensselige oder gar leichtsinnige.

Die Gegner des Reichsgerichts gehen sodann namentlich von dem Tatbestand aus[33]), daß dem außerordentlichen Aufwand des Schuldners auf der einen Seite ein ungerechtfertigter ebenso außergewöhnlicher Gewinn des Gläubigers auf der anderen Seite gegenüberstehe, der zu den billigen Preisen erhalte, aber zu den teuren Tagespreisen an seine Abnehmer verkaufen könne. Dagegen ist zweierlei einzuwenden. Erstens liegen die Tatbestände meist nicht so, wie hier behauptet wird. Der Kaufmann, der sich seinerseits schon vor dem Zeitpunkt der Preissteigerung eingedeckt hatte, wird sich in der Regel auch seinen Abnehmern

---

in SeuffArch. Bd. 71 S. 263; Österr. ob. Gerichtshof bei Adler in JW. 1917 S. 338; Mothes im Recht 1917 S. 92; Starke in DJZ. 1916 S. 286ff; Frankenberger in BayZ. 1917 S. 9; Cantor in Recht u. W. Bd. 7 S. 51.

[31]) Bd. 57 S. 116.

[32]) von Hachenburg a. a. O.

[33]) So Frankenberger und Mothes a. a. O.

gegenüber schon zu dieser Zeit zur Leistung an einem bestimmten späteren Termine verpflichtet haben, auch er wird von seinen Abnehmern nicht den erhöhten Preis fordern dürfen, so daß von unberechtigtem Gewinn nicht die Rede ist. Selbst wenn der Fall aber so liegen sollte, daß der Schuldner sich zeitig und daher billig eingedeckt hatte und jetzt nach der Steigerung erst mit seinen Abnehmern zu bedeutend höheren Preisen abschließt, so ist noch nicht ersichtlich, inwiefern dieser Geschäftsgewinn gerade auf Kosten der Erstlieferanten erfolgt sein soll. Der Kaufmann darf spekulieren und hat dabei das Risiko zu tragen. Will man das ablehnen, so kommt man dazu, dem vorausschauenden Schuldner jeden Anreiz zu nehmen und eine Prämie auf die Sorglosigkeit zu setzen.

Diejenigen [34]) die einsehen, daß dieses Ergebnis nicht zu rechtfertigen ist, wollen damit helfen, daß sie sagen: objektiv bestehe in diesen Fällen der übermäßigen Preissteigerung keine Lieferpflicht des Schuldners, aber event. habe er sein Unvermögen zu vertreten, so daß er dem Gläubiger zu Schadensersatz verpflichtet wäre. Auch dieser Ausweg ist nicht zu billigen. Er setzt unter Umständen eine Schadensersatzpflicht an Stelle der Erfüllungspflicht. Damit ist aber dem Gläubiger in der Regel nicht gedient; dieser will und hat ein Anrecht auf Erfüllung, da er ja selbst seinen Abnehmern liefern muß.

Es erscheint mir daher durchaus richtig — und dieser Gedanke bricht sich jetzt offenbar auch Bahn [35]) —, an dem neuesten Grundsatz des Reichsgerichts festzuhalten.

Ein Widerspruch gegen die frühere Rechtsprechung [36]) liegt zunächst darum nicht vor, weil eben in solchen Fällen dem Schuldner die Leistung noch zugemutet werden kann, also keine überobligationsmäßige Schwierigkeit vorhanden ist. Es ist im Großhandel keineswegs unbillig, sondern [37]) „das Gegebene, daß sich der Verkäufer die Ware, wenn er sie bei Vertragsabschluß noch nicht besitzt, am Markte ankauft. Das Bestehen eines Marktpreises ergibt, daß eine Mehrheit von Kaufleuten die Ware zu diesem Preise kauft". Mit diesen Mitteln zur Anschaffung muß der Kaufmann im Großhandel rechnen; ihre Anwendung verstößt nicht gegen Treu und Glauben. „Die Befreiung des Schuldners würde in aufgeregten Zeiten die Erhaltung eines geordneten Wirtschaftslebens unmöglich machen." Es ist im

---

[34]) z. B Starke a. a. O.

[35]) vgl. Cahn in LZ. 1916 S. 1165; Koffka in DJZ. 1918 S. 22 ff.; Hueck in DJZ. 1916 S 855; Mittelstein in DJZ. 1916 S. 977.

[36]) RG. Bd. 57 S. 116.

[37]) im folgenden aus RG. Bd. 88 S. 172 ff.

Gegenteil ungerecht, den Schaden vom Verkäufer auf den Käufer abzuwälzen, „weil er dem Käufer aufgebürdet würde, der sich durch den Vertrag gesichert hatte, zum Vorteil des Verkäufers, der ihm gegenüber in der Regel wissentlich die Gefahr der Konjunktur übernommen hatte". Es ist nicht einzusehen, daß der Fabrikant seine Rohstoffe soll teurer bezahlen müssen, um den Stillstand zu vermeiden, während der Zwischenhändler frei würde. Es kann auch nicht gebilligt werden, daß der vorsichtige Verkäufer, der sich tatsächlich mit Vorräten versorgt hatte, liefern sollte, während der Spekulant befreit wäre[38]). „Die Spekulation ist zwar keine Fahrlässigkeit, verlangt aber vom Spekulanten, daß er die Gefahr der Konjunktur trägt."

Es ließe sich endlich auch gar keine Grenze finden, welche Preissteigerung die Befreiung des Schuldners zur Folge hätte[39]). Das Reichsgericht unterstellt, bei 100 % Steigerung entfalle die Leistungspflicht; A habe an B zu 100, B an C zu 150 verkauft, am Fälligkeitstage koste die Ware am Markt 210. Dann würde A frei, nicht aber der vorsichtige B, der sich eingedeckt hatte[40]). Es gibt hier wegen des oft notwendigen Umlaufs einer Ware und des damit verbundenen mehrfach hintereinander erfolgten Verkaufs nur ein Entweder-Oder. Entweder die Preissteigerung befreit alle Schuldner oder gar keinen. Nur die letztere Ansicht läßt sich aus den angeführten zutreffenden Gründen des Reichsgerichts vertreten.

Die an der Grenze des Erträglichen liegenden Fälle, in denen der Käufer auf Kosten des Verkäufers spekuliert, können im Einzelfalle unter dem Gesichtspunkt des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB.) oder der unsittlichen Schadenszufügung (§ 826 BGB.) Berücksichtigung finden[41]). Zudem sind bei der Anschaffung immer nur Mittel zugrunde zu legen, auf deren Anwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gerechnet werden darf. Mit ganz außergewöhnlichen Mitteln zur Anschaffung braucht der Kerkehr nicht zu rechnen[42]).

---

[38]) So auch Koffka a. a. O.

[39]) Das ergeben auch die ungleichmäßigen Entscheidungen, die vor RG. Bd. 88 S. 172 ergangen sind: so hat OLG. Kiel (Schl.-Holst. Anz. S. 43) eine Steigerung von mindestens 50—90 % als Aufhebungsgrund angesehen. Andererseits erklärte KG. in JW. 1915 S. 1271 eine Steigerung von 25 %, OLG. Hamburg in LZ. 1916 S. 701 eine solche von 58 %, OLG. Rostock in Rspr. Bd. 31 S. 180 eine solche von ungefähr 70 % und LG. Mannheim in LZ. 1915 S. 653 sogar eine solche von 100 % für nicht ausreichend, um den Schuldner zu befreien.

[40]) Ebenso Hueck a. a. O.

[41]) vgl. unten § 15.

[42]) So sehr richtig Cahn a. a. O.

Es ist daher daran festzuhalten, daß der Schuldner so lange zur Erfüllung verpflichtet bleibt, als er die verkaufte Gattung im ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr beschaffen kann. Dieser Grundgedanke beruht durchaus auf der hier vertretenen Kraftanstrengungslehre. Die Kraftanstrengung ist verschieden groß, je nachdem es sich um ein Geschäft unter Kaufleuten oder Nichtkaufleuten, im Kleinhandel oder Großhandel dreht[43]). Am geringsten ist sie unter Nichtkaufleuten; das gilt insbesondere für den landwirtschaftlichen Verkehr[44]). Bei Handelsgeschäften kann der Schuldner nicht verlangen, daß ihm sein Spekulationsrisiko abgenommen wird[45]). Bei Kaufleuten wird die Kraftanstrengung ferner im Großhandel weitergehen als im Kleinhandel.

Die strengsten Anforderungen stellt der Großhandel. Da es sich zumeist um Verschaffungsverbindlichkeiten handelt, muß man vom Schuldner verlangen, daß er sich rechtzeitig eindeckt[46]). Ist die Lieferzeit weit hinausgeschoben, so mußte er von vornherein mit Preisveränderungen rechnen; unter Umständen hat er nach der Weltmarktslage den Vorteil eines Preissturzes; er muß daher auch den Nachteil von Preissteigerungen tragen[47]). Kein noch so hoher Preis kann ihm seine Verpflichtung zur Erfüllung abnehmen[48]).

Eine Ausnahme erscheint lediglich bei Sukzessivlieferungsgeschäften erwägenswert. Bei ihnen ist zu berücksichtigen, daß jede einzelne Teillieferung getrennt zu beurteilen ist, die späteren — lange befristeten — also wie eine lange befristete Einzelleistung. Bei vertraglich langer Bindung und wenn die Preise ins ungemessene steigen, kann die Befreiung des Schuldners von den noch ausstehenden Lieferungen gerechtfertigt sein, wenn

---

[43]) Diese Unterscheidung ist nicht erschöpfend; sie weist nur den Weg, der bei der Beurteilung zweckmäßig eingeschlagen wird. Im Einzelfalle sind alle besonderen Umstände zu berücksichtigen.

[44]) RG. im Recht 1918 Nr. 1122 (der Lieferant von Kartoffeln aus einem Gut ist nur nach den Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft zum Anbau verpflichtet und hat das Recht, den Selbstverbrauch abzuziehen). RG. Bd. 91 S. 312 (durch Rückgang der Futtermittel ist die Aufhebung eines Milchlieferungsvertrags gerechtfertigt, auch wenn noch Milch für den Hausbedarf vorhanden ist; im Gegensatz zum kaufmännischen Verkehr kann nicht zugemutet werden, zur Steigerung der Milchgewinnung enorme Preise für Futtermittel zu zahlen).

[45]) So Starke in DJZ. 1916 S. 286.

[46]) RG. im Recht 1917 S. 126 Nr. 426; RG. in Warn. 1916 S. 434 Nr. 265 und insbes. RG. Bd. 93 S. 17: im Krieg darf der Großhändler nur Waren verkaufen, über die er schon verfügen kann.

[47]) So richtig Binder in ZHR. Bd. 52 S. 597 ff.

[48]) RG. Bd. 88 S. 174, Bd. 92 S. 322, Bd. 95 S. 41 ff.

nach §§ 157. 242 BGB. beurteilt, die Leistung der noch ausstehenden Teillieferungen sich inhaltlich und wirtschaftlich völlig ändern würde. Insbesondere ist der Schuldner bei langlaufenden Lieferungsverträgen nicht verpflichtet, sich schon zu Beginn der Vertragsbeziehungen voll einzudecken[49]). Dies gilt nicht bei bloßen Preisschwankungen. Diese pflegen bei Fabrikanten und im Großhandel von vornherein berücksichtigt zu werden[50]).

Bei vertraglich nur kurzer Bindung wird man den Schuldner regelmäßig für verpflichtet halten müssen, auch mit Aufwendung wesentlich erhöhter Gestehungskosten liefern zu müssen.

b) Es handelte sich nicht um Verschaffungsverbindlichkeiten, sondern der Schuldner war vertraglich verpflichtet, aus einer Gattungsmenge zu liefern, über die er bei Vertragsabschluß schon verfügen konnte: Entweder hatte er schon den unmittelbaren Besitz — die Ware lag im Lager des Schuldners — oder er hatte nur eine solche Rechtsstellung, die dem gleichgestellt werden muß (Verfügungsbefugnis durch Besitz von Traditionspapieren: Lagerschein, Ladeschein, Konnossement). Treten dann überobligationsmäßige Hinderungsgründe hinzu, so tritt Befreiung ein, wenn das „Fabrikat nicht nur als Mittel der Erfüllung, sondern als Gegenstand des Vertrags gemeint war“[51]), z. B. „ich habe gerade noch 1000 Stück“. Die Kraftanstrengung des Schuldners erstreckte sich nach der Vertragsauslegung hier nicht auf die Anschaffung von fremder Seite; es lag eine beschränkte Gattungsschuld, unter Umständen sogar eine Speziesschuld vor.

Andernfalls — wenn der Schuldner zwar die Ware schon in seiner Verfügungsmacht hatte, die gelagerte Ware aber nur als Mittel der Erfüllung, nicht als Vertragsobjekt gemeint war — bleibt der Schuldner zur anderweitigen Anschaffung verpflichtet; es gelten die zu a) angedeuteten Grundsätze für Verschaffungsverbindlichkeiten. Es kommt daher hier auf das Motiv, woher die versprochene Gattungssache geliefert werden sollte, mag es dem Vertragsgegner bekannt oder unbekannt sein, nicht an; dadurch wird die Schuld nicht zu einer beschränkten Gattungsschuld[52]).

c) Teilweise überobligationsmäßige Schwierigkeit.

---

[49]) OLG. Hamburg in SeuffArch. Bd. 72 S. 77.
[50]) RG. Bd. 92 S. 322.
[51]) OLG. Hamburg in Rspr. Bd. 32 S. 314; für diese Unterscheidung, wenn auch mit anderen Worten: Kisch, Gattungsschuld S. 51.
[52]) OLG. Hamburg in Rspr. Bd. 34 S. 20.

Betrifft die überobligationsmäßige Schwierigkeit nur einen Teil der Leistung, so wird der Schuldner auch nur teilweise befreit. Ist er mehreren Gläubigern gegenüber gleichzeitig zur Lieferung derselben Gattungsware verpflichtet, so kann er sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß er sich, weil die vorhandene Menge zur Lieferung an alle nicht ausreicht[53]), jedem gegenüber für befreit erklärt; er darf auch nicht alles an einen liefern[54]), sondern muß nach dem Verhältnis der Abschlüsse teilen[55]). Auch dieser Grundsatz läßt sich aus der vertraglich vorausgesetzten Kraftanstrengung ableiten. Das darf jedoch nicht dazu führen, daß der Schuldner, nur um diesen Verteilungssatz herbeizuführen, vorsätzlich (einschließlich dolus eventualis) neue Abschlüsse tätigt, die die älteren, die sonst voll oder zu einem großen Prozentsatz befriedigt worden wären, schädigen würde. Der geschädigte Gläubiger hätte hier eine Replik der Arglist (§ 826 BGB.)[56]). Dagegen kommt Fahrlässigkeit (grobe oder leichte) zur Begründung einer Replik des Gläubigers nicht in Betracht; rechtliche Unterlage wäre event. nur ein Verschulden beim Vertragsschlusse[57]); dies käme aber doch wohl nur dem späteren, nicht dem früheren Gläubiger zustatten; der frühere Gläubiger hat ja dann auch immer noch den Anspruch auf die Erfüllung.

§ 14.

4. Die beschränkte Gattungsschuld.

Auch in den Fällen der überobligationsmäßigen Schwierigkeit gilt in Anwendung auf die beschränkte Gattungsschuld das oben[1]) für die Unmöglichkeit Gesagte. Es sind z. B. Kohlen aus einem Bergwerk geschuldet; infolge eines Streiks bei dem Schuldner wird der Abbau unterbrochen. Wenn nach der Vertragsauslegung anzunehmen ist, daß hier eine beschränkte Gattungsschuld vorliegt — und das ist nach dem Tatbestande

---

[53]) Beispiel: Es sind versprochen an A 20, an B und C je 10, zur Erfüllungszeit aber nur insgesamt 20 vorhanden.

[54]) Hier z. B. an A oder B und C zusammen.

[55]) Es erhielten danach A 10, B und C je 5. Vgl. hierzu RG. Bd. 84 S. 125; Recht 1918 S. 412; Warn. 1918 Nr. 46; OLG. Hamburg in Rspr. Bd. 32 S. 314. Dagegen bei Kriegsabschlüssen RG. im Recht 1916 S. 459 Nr. 902; OLG. Dresden in JW. 1917 S. 978 Nr. 2.

[56]) So RG. im Recht 1917 S 30 Nr. 35, in Holdheim 1916 S. 247. Vgl. zu dieser Frage noch RG. in JW. 1918 S. 262; RG. Bd. 91 S. 332: Der Verkäufer ist verpflichtet, von Verträgen mit Kriegsklausel zurückzutreten, um solche ohne Klausel erfüllen zu können.

[57]) vgl. Leonhard, Verschulden S. 1 f., 10 f., 42 ff., 65.

[1]) § 10, 2.

im Zweifel der Fall —, dann kann man vom Schuldner nicht verlangen, daß er sich anderweit die Kohlen verschaffe; eine derartige Kraftanstrengung ginge bei der beschränkten Gattungsschuld über das vertragliche Maß hinaus[2]). Es tritt hier Befreiung ein, nicht wegen Unmöglichkeit (die Gattung der Kohle ist noch vorhanden), auch nicht wegen Unerschwinglichkeit (es ist im Verkehr bekannt, wo es noch Kohlen gibt), sondern wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit, und zwar nur, weil es sich um eine beschränkte Gattungsschuld handelt: allgemein sind vielleicht auf dem Markt noch genügend Kohlen und zu normalen Preisen erhältlich, aber in dem Bergwerk können wegen Streiks keine Kohlen gefördert werden. Bei einer gewöhnlichen Gattungsschuld würde daher das Ausbrechen des Streiks bei dem Schuldner diesen nicht von seiner Verpflichtung zur Erfüllung befreien[3]).

Der Schuldner darf sich freilich nicht selbst schuldhafterweise in den Zustand versetzt haben, der ihm die Lieferung außerordentlich erschwert hat: Er darf z. B. nicht, wenn er genügend Ware seiner beschränkten Gattungsschuld hatte, um seine bisherigen Gläubiger zu befriedigen, neue Abschlüsse tätigen, so daß die früher berechtigten Gläubiger dadurch geschädigt würden[4]). Den früheren würde er hier vielmehr auf Erfüllung, den späteren event. auf Schadensersatz[5]) haften.

Handelt es sich um eine genau spezialisierte Warengattung, so besteht auch keine Verpflichtung zur Lieferung von Ersatzware[6]).

5. Zeitliche überobligationsmäßige Schwierigkeit.

Auch hier wird auf die an anderer Stelle[7]) bereits näher ausgeführten Grundsätze hingewiesen. Wie dort schon angedeutet wurde, ergibt sich die Befreiung bezw. Hinausschiebung der Leistung gerade aus dem System der Kraftanstrengung. Drei Möglichkeiten sind zu unterscheiden:

a) Die zeitliche Hinausschiebung bis nach Behebung der überobligationsmäßigen Schwierigkeit verändert die Leistung

---

[2]) So OLG. Braunschweig in SeuffArch. Bd. 47 Nr. 20.

[3]) vgl. hierzu RG. im Recht 1918 S. 280 Nr. 571 (geschuldet sind Gegenstände eines bestimmten ausländischen Betriebs; durch allgemeines Ausfuhrverbot wird Befreiung begründet).

[4]) OLG. Posen in PosMSchr. 1917 S. 58; RG. Bd. 92 S. 322.

[5]) Wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse vgl. Leonhard das., z. B. S. 65.

[6]) OLG. Dresden in JW. 1917 S. 978.

[7]) § 11, namentlich die Entscheidungen in Anm. 6–9.

derart, daß sie wirtschaftlich betrachtet eine andere wird. Dann geht sowohl die Leistung zur Zeit des Bestehens der Hindernisse als auch nach deren Beseitigung über das vertraglich vorausgesetzte Maß der Kraftanstrengung hinaus; es tritt daher Befreiung von der Haftung auf die Erfüllung ein. Dies hat man namentlich mit Rücksicht auf die lange Kriegsdauer in vielen Fällen angenommen und eine Nachlieferungspflicht abgelehnt[8]). Und zwar kann der Schuldner selbst von seiner Verpflichtung zur Erfüllung nach Behebung der überobligationsmäßigen Schwierigkeit (Kriegsende) sowohl, wenn von vornherein vertraglich Lieferung nach Beendigung des Krieges vereinbart[9]) als auch, wenn die ursprüngliche Leistung nur für die Zeit des Krieges hinausgeschoben war[10]), bei völliger wirtschaftlicher Veränderung befreit werden. Ist dagegen ausdrücklich Lieferung nach Eintritt normaler Verhältnisse vereinbart, so kann der Schuldner sich nicht auf Befreiung berufen[11]).

b) Nach Behebung der überobligationsmäßigen Schwierigkeit erscheint die Leistung nicht derart wirtschaftlich verändert; dann haftet der Schuldner zwar nicht auf Leistung während der Hindernisse, wohl aber auf Nachlieferung nach deren Beseitigung. Dies gilt insbesondere für die Beschlagnahme und verwandte Fälle. Fällt die auf Aufhebung der Beschlagnahme noch in die Zeit, die als Erfüllung gelten kann, so tritt nur eine Befreiung von der sofortigen Lieferung überhaupt ein[12]).

c) Weder für die Zeit nach Behebung der Hindernisse, noch während deren Vorhandenseins sind die Schwierigkeiten derart, daß man die vom Schuldner aufzuwendende Kraftanstrengung überobligationsmäßig nennen könnte; dann ist der Schuldner zur sofortigen Erfüllung — während der im Vertrag ausbedungenen Erfüllungszeit — verpflichtet.

6. In allen Fällen der überobligationsmäßigen Schwierigkeit ist der Frage des Kausalzusammenhangs noch besondere

---

[8]) s. oben § 11 Anm. 9. Vgl. hierzu noch RG. Bd. 88 S. 76 ff. (Klage auf Leistung von rückständigen Milchlieferungen wegen Veränderung des Leistungsgegenstandes abgewiesen; keine Nachlieferung event. nur Schadensersatz).

[9]) RG. im Recht 1918 S. 192 Nr. 399, in LZ. 1919 S. 473; RG. Bd. 94 S. 68.

[10]) vgl. aus der Fülle der Entscheidungen: RG. in LZ. 1918 S. 760; Recht 1918 S. 63 Nr. 119, S. 64 Nr. 124—127, S. 192 Nr. 398; OLG. Hamburg in HansGZ. 1917 S. 245. Zusammenfassend RG. in JW. 1919 S. 44 Nr. 10. Dies gilt auch für Beschlagnahme usw. (RG. in JW. 1919 S. 103 Nr. 3).

[11]) OLG. Hamburg in HansGZ. 1918, H. 97 S. 131.

[12]) OLG. Hamburg in LZ. 1917 S. 418.

Beachtung zu widmen. Nur wenn die zur Begründung einer überobligationsmäßigen Schwierigkeit generell geeigneten Hindernisse auch tatsächlich im Einzelfalle für die Nichtlieferung ursächlich sind, tritt Befreiung des Schuldners ein.

Es genügt also nicht, wenn einerseits feststeht, daß derartige Erfüllungserschwerungen (Fabrikbrand, Krieg, Blockade usw.) eingetreten sind und andererseits der Schuldner nicht in der Lage ist, zu liefern. Es ist zur Befreiung des Schuldners erforderlich, daß der vom Schuldner behauptete Zustand, zur Lieferung nicht oder nur zum Teil oder nur vorübergehend nicht imstande zu sein, durch die Erfüllungserschwerungen hervorgerufen ist. Ist die Leistungsunfähigkeit des Schuldners durch andere Tatsachen (Lässigkeit, mangelndes Eindecken, wo es von ihm verlangt werden kann[13]) usw.) verursacht, so bleibt er nach wie vor zur Erfüllung verpflichtet.

§ 15.

IV. Obligationsmäßige Schwierigkeit.

Rufen die nachträglich eintretenden Hindernisse weder Unmöglichkeit, noch Unerschwinglichkeit, noch überobligationsmäßige Schwierigkeit hervor, so sind sie nur als obligationsmäßige Schwierigkeiten zu betrachten. Ihre Überwindung wird vom Schuldner durch die ihm vertraglich auferlegte Kraftanstrengung verlangt[1]). Eine Befreiung ipso iure tritt nicht ein.

Dagegen stehen dem Schuldner die sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse ergebenden, aber nicht von Amts wegen zu berücksichtigenden Einreden[2]) zur Seite:

1. Die Einrede aus § 826 BGB.

Auch wenn der Schuldner nach der Vertragsauslegung verpflichtet ist, zur Überwindung der Hindernisse eine erhöhte Kraftanstrengung aufzuwenden, so kann er seine Leistung dann verweigern, wenn das Beharren des Gläubigers auf Erfüllung eine vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende unerlaubte Handlung wäre. Ein solches arglistiges Handeln des Gläubigers könnte man z. B. dann annehmen, wenn der Gläubiger auf Kosten

[13]) RG. im Recht 1919 S. 66 Nr. 96.

[1]) Beispiele: Preissteigerungen infolge ungewöhnlich hoher Kosten der Kohlenversorgung durch Streik, infolge Zollerhöhung, Besetzung durch den Feind, übermäßigen Warenandrang auf der Eisenbahn (aus Kisch S. 116 Anm. 26; Krückmann, Unmöglichkeit S. 2 f.).

[2]) Als selbstverständlich und hier nicht interessierend sind die Einreden der Verjährung, des Zurückbehaltungsrechts usw. fortgelassen.

des Schuldners in unsittlicher Weise spekuliert hätte: die Ware ist zwar noch auf dem Markt zu haben, aber außerordentlich im Preis gestiegen, und der Schuldner konnte diese Steigerung schuldlos nicht voraussehen; er war vom Gläubiger während der Zeit noch normaler Preise auf Erfüllung nicht gedrängt worden, wird jetzt auf Erfüllung angehalten und würde durch Beschaffung der Ware zu den außergewöhnlichen Preisen in seinem ganzen Betriebe wirtschaftlich lahmgelegt[2a]), während der Gläubiger durch die Nichterfüllung nicht derartig geschädigt würde.

Die Einrede der Arglist kann namentlich in den Fällen als geeignetes Ausgleichsmittel herangezogen werden, in denen der Schuldner trotz größter Preissteigerung dann zur Erfüllung verpflichtet bleibt, wenn die Ware noch auf dem Markt zu haben ist[3]).

2. Der Schuldner kann weiter die Einrede der Vertragsklausel (force majeure- und Kriegsklausel)[4]) erheben. Diese kann so ausbedungen sein, daß der Zustand der höheren Gewalt den Vertrag ohne weiteres auflöst, oder daß ein Vertragsteil in solchem Falle nur ein Rücktrittsrecht oder sogar nur ein zeitliches Leistungsverweigerungsrecht (z. B. „Lieferungszeit vorbehalten") haben soll.

Im Gegensatz zur Befreiung wegen Unmöglichkeit, Unerschwinglichkeit und überobligationsmäßiger Schwierigkeit kommt es hier auf unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Leistungserschwerungen und Leistungsverweigerung nicht an. Damit das Verweigerungsrecht ausgeübt werden kann, genügt es, daß der Zustand der höheren Gewalt wesentlich störend auf die Lieferpflicht eingewirkt hat[5]).

Die vertraglich vereinbarte Klausel schließt im allgemeinen nicht aus, daß sich der Schuldner daneben auf seine Befreiung wegen Unmöglichkeit, Unerschwinglichkeit oder überobligationsmäßiger Schwierigkeit beruft[6]). In jedem einzelnen Falle ist aber zu prüfen, ob die Klausel die Fälle der Befreiungsmöglichkeiten nicht erschöpfend regeln wollte, so daß unter Umständen seine Kraftanstrengung vertraglich ausgedehnt sein sollte; dann

---

[2a]) Sehr hart ist die Entscheidung Binders in ZHR. Bd. 52 S. 597, der Schuldner hafte bis zum völligen Ruin.

[3]) vgl. RG. in JW. 1916 S. 830 Nr. 3 und die dort von Hachenburg gegen die äußersten Folgerungen aus dieser Entscheidung erhobenen Bedenken, die durch den hier vertretenen Ausgleich beseitigt werden.

[4]) Auf die Auslegung der verschiedenen Formulierungen kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. darüber die ausführliche Zusammenstellung bei Plum in JW. 1916 S. 1359ff., 1917 S. 943ff.

[5]) vgl. z. B. RG. Bd. 87 S. 92; JW. 1916 S. 958, 1918 S. 85.

[6]) vgl. RG. Bd. 90 S. 102; JW. 1918 S. 33 Nr. 4.

wären die Fälle der überobligationsmäßigen Schwierigkeit vertraglich eingeschränkt.

Das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners auf Grund einer solchen Kriegsklausel wird durch die Gegeneinrede des Gläubigers geschlagen, daß nach Eintritt der höheren Gewalt eine spätere Erfüllung vereinbart worden sei [7]).

Der Schuldner geht seiner Einrede ferner dadurch verlustig, daß er sie nicht binnen einer angemessenen Frist geltend macht [8]). Auch dies ergibt eine auf § 826 gestützte Replik des Gläubigers.

§ 16.

D. Zusammenfassung.

Die Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfüllung hat daher folgende Grenzen:

I. Ipso iure wirken befreiend oder schieben bei zeitlicher Behinderung auf
   1. kraft Gesetzes
      a) objektive Unmöglichkeit: §§ 275 ff.,
         aa) allgemeine,
         bb) begrenzte (örtliche),
      b) relative Schwierigkeiten:
         aa) Unerschwinglichkeit: §§ 275 ff. in analoger Anwendung,
         bb) überobligationsmäßige Schwierigkeit: §§ 242, 157 BGB.;
   2. kraft Vertrages: die Auflösungs- bezw. Aufschiebungsklausel, wenn nach der Vertragsauslegung ipso jure Befreiung bezw. Aufschub eintreten soll.

II. Kraft Einrede befreien oder schieben auf
   1. die Auflösungs- bezw. Aufschiebungsklausel, wenn nach der Vertragsauslegung die Auflösung oder der Aufschub erst durch Erklärung (des Rücktritts bezw. der zeitlichen Verweigerung) erfolgen soll,
   2. der Tatbestand des § 826.

Alle übrigen Erschwerungen der Erfüllung befreien den Gattungsschuldner nicht von seiner Leistungsverpflichtung.

---

[7]) z. B. auch nur durch Heraufsetzen des Kaufpreises: OLG. Dresden in JW. 1917 S. 864 Nr. 8; im übrigen vgl. hierzu RG. in LZ. 1917 S. 1248 Nr. 5.
[8]) RG. Bd. 88 S. 143, Bd. 91 S. 108.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich wurde am 5. April 1890 zu Frankfurt am Main als Sohn des Kaufmanns Ferdinand Liebmann und seine Ehefrau Clara, geb. Zinn, geboren. Ich bin evanglisch-reformierter Konfession. Von Ostern 1896 ab besuchte ich in meiner Vaterstadt das Wöhlerrealgymnasium und das Goethegymnasium, das ich Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Meinen rechtswissenschaftlichen Studien lag ich von Ostern 1908 bis Ostern 1912 an den Universitäten Lausanne, München, Berlin und Marburg ob. Im Jahre 1909 unterbrach ich mein Studium, um meiner militärischen Dienstpflicht zu genügen. Am 22. Juni 1912 bestand ich vor der Prüfungskommission in Kassel die erste juristische Prüfung. Meine Ernennung zum Referendar erfolgte am 12. Juli 1912. Die Vorbereitungszeit leistete ich beim Amtsgericht Idstein (Taunus), dem Landgericht und der Staatsanwaltschaft Frankfurt a. M. ab, bis ich am 21. August 1914 zu den Fahnen einberufen wurde. Nach Rückkehr aus dem Felde setzte ich meinen Vorbereitungsdienst bei einem Rechtsanwalt und dem Amtsgericht Frankfurt a. M. fort. Zur Zeit bin ich bei dem Oberlandesgericht daselbst beschäftigt.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich in Marburg am 25. Juli 1919.

Karl Liebmann.